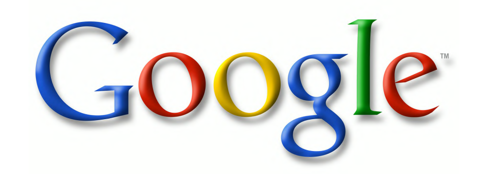
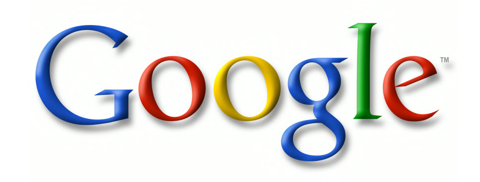
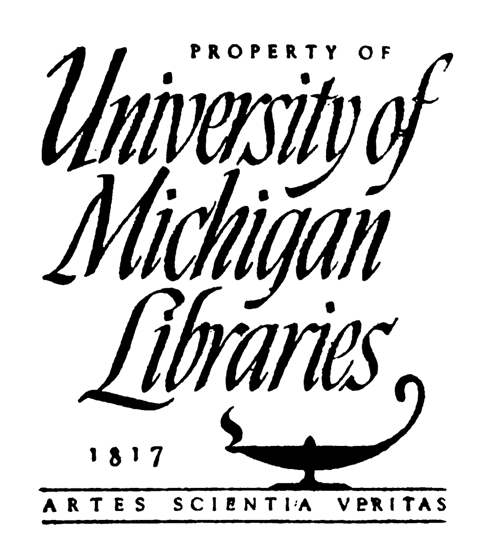







PROPERTY OF
University of
Michigan
Libraries
1817
ARTES SCIENTIA VERITAS

LES LOIS FONDAMENTALES

DE LA

Monarchie Française

D'APRÈS LES THÉORICIENS DE L'ANCIEN RÉGIME

PAR

ANDRÉ LEMAIRE

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE E. THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

DU COLLÈGE DE FRANCE

ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

4, rue Le Goff (5e)

1907

OUVRAGE COURONNÉ

PAR L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

ET PAR LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS



aris, 19 octobre 1900.

49 BOUL^D^ DE LA TOUR MAUBOURG VIIE

Monsieur et cher Confrère,

Je n'oublie pas que vous avez bien voulu souhaiter de posséder ma thèse sur les Lois fondamentales de la Monarchie française. Je croyais qu'il ne m'en restait plus aucun exemplaire : en cherchant bien, j'ai découvert au fond d'un placard un dernier survivant, que je joins à ce mot. Puis-je vous demander de l'accepter, bien qu'il ne soit guère présentable ? Je n'ose même inscrire un hommage sur la première page de

LES LOIS FONDAMENTALES

DE LA

Monarchie Française

D'APRÈS LES THÉORICIENS DE L'ANCIEN RÉGIME

PAR

ANDRÉ LEMAIRE

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE E. THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

DU COLLÈGE DE FRANCE

ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

4, rue Le Goff (Ve)

—

1907

INTRODUCTION

La France, sous l'ancien régime, avait-elle une constitution ? — Sous cette forme, la question n'a été posée qu'à la fin du XVIII[e] siècle, et par ceux-là même qui répondaient : non. La nation française, disaient-ils, n'a pas de constitution, parce qu'il n'existe pas de titre écrit, de charte stipulant les droits et les obligations réciproques du prince et des sujets. Bien plus, ajoutait-on, ce n'est pas seulement l'*instrumentum*, la preuve écrite, qui fait défaut. A aucune époque il n'est intervenu un acte juridique formel entre la nation, souveraine à l'origine, souveraine de droit naturel, et le roi : les rapports entre la nation et la royauté n'ont été jusqu'ici que de purs *faits* : en droit, il n'y a pas de constitution.

D'autres, et peut-être le plus grand nombre, répondaient qu'il est absurde de prétendre « qu'un État qui subsiste florissant depuis mille trois cents ans n'a jamais été constitué [1] ». Qu'est-ce donc, disaient-ils, que ces *lois fondamentales* que les rois eux-mêmes font profession de ne pouvoir enfreindre ni abroger, sinon cette constitution dont les

(1) Cahiers de la noblesse du Bugey, d'Alençon, en 1789 ; — Moreau, *Exposition et défense de notre constitution*, t. II, p. 190-191 ; — Chaillon de Jonville, *Apologie de la constitution*, t. I, p. 143 ; — l'*Essai sur le droit public français*, p. 1-2, etc. — Cf. *infra*, p. 251-252, 263 n. 1, 264 et s.

novateurs affectent de nier l'existence ? Lois qui n'ont jamais été écrites, on en convient, mais qui n'en existent pas moins réellement, que la nation a toujours respectées, que les jurisconsultes et les historiens, depuis des siècles, ont expliquées et commentées.

On aperçoit, dès l'abord, qu'il y a malentendu sur le sens que les uns et les autres donnent au mot de *constitution*, et sur la manière dont ils conçoivent la chose elle-même. Les premiers entendent, l'acte par lequel une nation établit librement son régime politique ; et les seconds, les principes traditionnels, les règles coutumières selon lesquelles le gouvernement de la France est organisé depuis des siècles, et qui se justifient par cela seul qu'elles sont traditions et coutumes.

Ni l'une ni l'autre de ces deux manières de voir n'était nouvelle. L'objet de cette étude est de rechercher comment, aux différents âges de la monarchie française, les jurisconsultes, les publicistes ont compris sa constitution, ses *lois fondamentales*.

C'est donc une histoire de théories et d'idées que nous essaierons de faire : celle des institutions elles-mêmes reste en dehors de notre cadre. L'une, pourtant, touche trop à l'autre pour qu'on puisse les séparer complètement ; l'histoire des institutions sera constamment présente à notre esprit. D'ailleurs, le point de vue particulier auquel nous nous plaçons n'en offre pas moins d'intérêt. Si les faits, les réalités politiques, — événements, institutions, — forment en quelque sorte l'*endroit* dans le tissus de l'histoire, les idées et les théories en sont comme l'*envers*. Les deux dessins ne concordent pas toujours exactement : mais ils se complètent parfois l'un l'autre, et souvent le second explique le premier.

Peut-être pensera-t-on que nous aurions pu nous borner à étudier la théorie des *lois fondamentales* uniquement chez ceux qui les ont considérées sous l'aspect tout particulier de *limitations* apportées au pouvoir royal, de *garanties* des droits des sujets. C'est, il est vrai, la manière de voir de certains publicistes du XVIIIe siècle. Mais elle est singulièrement étroite. Ceux-là même qui l'adoptent sont obligés de reconnaître que les lois fondamentales n'ont pas ce seul objet. Il serait, du reste, arbitraire de nous limiter à une école ; il faut remonter aux origines. Il y eut une théorie des lois fondamentales dès le jour où fut conçue cette idée qu'il y a des lois qui organisent les pouvoirs publics, en règlent l'exercice, et s'imposent au prince. Cette notion, qui se trouve impliquée dans l'existence même d'un État civilisé, apparaît dès les premiers siècles de la monarchie française. Et s'il est vrai que l'expression de *lois fondamentales* n'entre en usage que dans la seconde partie du XVIe siècle, à cette époque néanmoins les théories dont elles font l'objet ont déjà presque atteint leur entier développement.

Nous rencontrerons, dès le début, une question connexe à celle des lois fondamentales : la question du principe et du fondement de la souveraineté. Il y a sur ce point deux thèses opposées, celle du *droit divin*, celle de la *souveraineté nationale*, auxquelles correspondent deux thèses sur la nature ou l'essence des lois fondamentales. Sans les discuter au fond, nous serons donc amenés à les étudier en ce qui touche à notre sujet. On remarquera dès maintenant que par « droit divin » il ne faut pas entendre un droit spécialement révélé, un pouvoir conféré par une investiture miraculeuse, mais simplement un pouvoir tenu essentiellement de Dieu seul.

Il est une *loi fondamentale* que nos anciens auteurs, du moins à partir d'une certaine époque, relient étroitement

(et à tort) au droit divin : c'est le principe des libertés de l'Église gallicane. Nous la laisserons entièrement de côté, le gallicanisme se rattachant bien plutôt à la question des rapports de l'Église et de l'État, qu'au droit public intérieur, à la constitution de l'ancienne France. Il suffira de dire ici, une fois pour toutes, que les anciens publicistes français, surtout à partir du XIV[e] siècle, sont à peu près unanimes à mettre ce principe au rang des lois fondamentales, — sans d'ailleurs attribuer tous la même étendue à ces fameuses libertés.

De quelque manière enfin que l'on conçoive la nature et l'objet des lois fondamentales, on peut partager celles-ci en deux grandes catégories.

Nous appellerons lois fondamentales *essentielles* ou *générales* celles qui, dérivant de la nature même de la souveraineté, ne sont pas particulières à tel ou tel peuple : par exemple, que la souveraineté doit être exercée dans l'intérêt de la nation elle-même, qu'elle doit respecter les droits naturels des sujets (liberté, propriété), etc. On verra que cette catégorie est beaucoup plus compréhensive dans la première période du moyen âge (IX[e]-XIII[e] siècles) que dans la suite : dans cette première période, les théoriciens considèrent, non pas les lois fondamentales de tout État civilisé, mais plus précisément celles de la monarchie chrétienne.

Nous appellerons lois fondamentales *positives* ou particulières celles qui, dans un État déterminé, concernent la dévolution et l'exercice de la souveraineté (succession à la couronne, limitations particulières du pouvoir royal, etc.).

L'expression de lois fondamentales *naturelles* sera réservée pour une acception spéciale, qui sera définie au chapitre V.

LES LOIS FONDAMENTALES
DE LA
MONARCHIE FRANÇAISE
D'APRÈS LES THÉORICIENS DE L'ANCIEN RÉGIME

CHAPITRE PREMIER

LES PREMIERS THÉORICIENS du IXe au XVIe siècle

I

Théories politiques de Smaragde, de Jonas d'Orléans, d'Hincmar.

Les premiers écrivains du droit public en France furent des évêques et des moines. Éducateurs des Barbares, dépositaires des traditions romaines et apôtres du christianisme, ils donnèrent à la civilisation européenne, et en particulier à la civilisation française, une empreinte qu'elles ont toujours conservée. Représentants d'une force morale qui s'imposait à tous, « véritables Orphées de la France, qui apprivoisèrent les tigres, et se firent suivre par les chênes [1] », ils ont, on peut le dire, *élevé* la jeune monarchie franque, — la future monarchie française. De Clovis à Charlemagne s'étend une période de formation. Clovis baptisé est encore, moins un roi de France, qu'un chef barbare : au commencement du neuvième siècle, la monarchie de Charlemagne possède déjà, au moins à l'état d'ébauches, tous les caractères qu'on

(1) J. de Maistre, *Considérations sur la France*, ch. VIII.

retrouve, au cours des siècles, dans la monarchie française. Et c'est aussi dès ce temps que les successeurs des saint Rémy et des Grégoire de Tours commencent à écrire des traités sur la nature, le but et les limites du pouvoir royal. Il faut citer la *Via regia* (1) de Smaragde, abbé de St-Mihiel ; le *De institutione regia* (2) de Jonas, évêque d'Orléans ; enfin les nombreux écrits politiques de l'illustre archevêque de Reims Hincmar : *De regis persona et regio ministerio, — De ordine palatii,* etc. Groupés, et complétés à l'occasion par quelques textes tirés des capitulaires, ces divers traités politiques présentent un ensemble d'idées qu'on peut ramener à trois chefs principaux : 1° Nature et attributions du pouvoir royal ; — 2° Origine et fondement de la souveraineté ; — 3° Limitations du pouvoir royal.

I. — Smaragde considère la royauté comme un ministère à demi religieux, et le prince comme le représentant de Dieu sur la terre (3) pour y faire régner la justice : « *facere justitiam*

(1) La *Via regia* fut écrite au temps même de Charlemagne, avant 813. On la trouve dans le *Spicilegium* de D'Achery (1723), t. Ier, p. 238 et suivantes ; — dans la *Patrologie latine* de Migne, t. 102, col. 933 et s. — Vers la même époque, Adalhard, abbé de Corbie, et cousin de Charlemagne, écrivait un *De ordine palatii* qui ne nous est pas parvenu, et qu'on ne connaît que par le traité composé par Hincmar sous le même titre.

(2) Le *De institutione regia* de Jonas fut d'abord inséré dans les canons du sixième concile de Paris (829) et dédié ensuite (entre 830 et 833) sous la forme d'un ouvrage particulier, à Pépin, roi d'Aquitaine, fils de Louis le Pieux (Prou, *Préface* du *De Ordine* d'Hincmar, p. XXV-XXVI). Le préambule et les deux derniers chapitres auraient alors été ajoutés. De plus, l'ordre des chapitres a été légèrement modifié, quelques mots changés. L'ouvrage de Jonas forme le livre II des canons du concile de Paris (Labbé et Cossart, *Sacrosancta Concilia*, t. VII, col. 1635 et s.). Comme ouvrage séparé, on le trouve dans le *Spicilegium* de D'Achery, t. Ier, p. 324 et s.; dans la *Patrol. lat.* de Migne, t. 106, col. 279 et s.

(3) « Deus... caput tuum oleo sacri chrismatis linivit, et dignanter in filium adoptavit ; constituit te regem populi terræ » (*Epistola nuncupatoria*). — « Et dum adhuc parvulus esses, regali te sedi sublimiter evexit (Dominus) » (cap. I). Smaragde semble bien aussi considérer la fonction

et judicium »[1], en cela se résument toutes les fonctions de la royauté, et Smaragde précise quelques-unes des obligations qui s'imposent au prince en vertu de la justice[2]. Le roi, du reste, est le *chef*, la tête, la pensée du peuple tout entier, et la sagesse est la vertu royale par excellence[3] : « celui à qui Dieu confie l'empire d'un grand peuple doit disposer toutes choses avec une haute raison[4] ».

Jonas, pour définir la fonction royale, emprunte à saint Isidore de Séville, en la modifiant un peu, une formule qui est restée célèbre et que presque tous les écrivains politiques du moyen âge ont reproduite : « Le nom de *roi* vient de *régir droitement* ; s'il gouverne avec piété, justice et miséricorde, c'est à bon droit qu'il est appelé roi ; sinon, il perd le nom même de roi », il n'est qu'un tyran[5]. Ainsi la fonction du roi consiste à gouverner selon la droite raison : le sens étymologique de son nom le lui rappelle[6]. La fonction du roi, dit-il encore, est principalement de gouverner le peuple de Dieu, de lui commander avec équité et justice, et de veiller à faire régner la paix et la concorde[7]. »

royale comme héréditaire : « ... quæ (la sagesse) tibi regiam *prolibusque* fecundam ædificet, et ædificatam roboret » (cap. V).

(1) Cap. VIII.

(2) Notamment de ne pas établir d'impôts non nécessaires : « Muneribus pauperum non amplifices tibimet, aut ædifices domum » (cap. XXVII).

(3) Cap. IV.

(4) « Qui enim multa Domino donante gubernat, necesse est ut alto consilio prudenter cuncta disponat » (cap. V).

(5) « Rex a recte regendo vocatur ; si enim pie, et juste, et misericorditer regit, merito rex appellatur : si his caruerit, nomen regis amittit » (*Instit. regia, cap. III ; Concil. Paris.*, II, 1.). — Le concile de Paris donne un texte un peu différent, mais exactement conforme à celui d'Isidore de Séville.

(6) « Nomen regis intellectualiter hoc retinet, ut subjectis omnibus rectoris officium procuret » (*ibid.*). Ceci est emprunté à un *Traité des abus du siècle*, souvent cité au moyen âge, attribué alors à saint Cyprien ou à saint Augustin, et dont l'auteur probablement plus récent est resté inconnu. — Ce passage est aussi reproduit par Hincmar, *De ordine palatii*, cap. VI.

(7) « Regale ministerium est, populum Dei gubernare, et regere cum

Il est à remarquer que, pour désigner cette fonction de garant de la paix publique, de protecteur des faibles, qui incombe au roi, les écrivains ecclésiastiques n'emploient jamais le mot *mundium* ou *mundeburdium* [1]. Peut-être ont-ils voulu simplement, par respect pour la langue latine, éviter un barbarisme ; mais il se pourrait aussi qu'ils aient écarté ce germanisme pour signifier que la protection du roi chrétien n'est plus la même chose que le *mundium* du roi barbare. Ici, comme en bien d'autres choses, les traditions germaines ne furent que le terrain merveilleusement favorable que rencontra le christianisme ; elles concoururent avec lui à faire du prince le protecteur des faibles et le garant de la paix : les premiers rois francs aiment déjà à revendiquer ce rôle [2].

Jonas précise et détaille les diverses fonctions de la royauté en un tableau fameux [3] qui, lui aussi, sera reproduit maintes fois dans la suite [4]. Il part de ce principe que les rapports sociaux, ordonnés par la nature même de l'homme, aussi bien les rapports du gouvernement avec les sujets que ceux des particuliers entre eux, ont pour fondement la justice. On a déjà rencontré cette idée dans l'opuscule de Smaragde ; Jonas la développe [5] : « La justice, pour le roi,

æquitate et justitia, et ut pacem et concordiam habeant studere » *(Instit. regia*, cap. IV ; *Concil. Paris.*, II, 2).

(1) On le trouve dans les capitulaires : voir par exemple le capitulaire de 803-813, art. 1 (Baluze, *Capit.*, t. I, col. 403 ; Boretius, *Capit.*, I, p. 146)

(2) « Nam de his qui *in pace nostra*... subrepti fuissent » (Lettre de Clovis aux évêques, dans Labbé et Cossart, t. IV, col. 1403 ; dans Boretius, *Capit.*, I, p. 2). « Ut pax et disciplina in regno nostro sit... » (Édit de Clotaire II, en 614, art. 11 ; Baluze, *Capit.*, I, col. 23 ; Boretius, *Cap.*, I, p. 22).

(3) Emprunté encore au *Traité des abus du siècle.*

(4) Notamment par Hincmar, *De regis persona...*, cap. II ; au xe siècle, par Abbon *(Canones*, III). Quelques fragments sont insérés, au xie, dans le *Décret* et la *Panormie* d'Ive de Chartres (*Decretum*, X, 96, et *Panormia*, VIII, 33).

(5) *Instit. regia*, cap. III ; *Concil. Paris.*, II, 1. — On a pris la liberté,

consiste à n'opprimer personne par abus de puissance; — à faire justice sans acception de personnes, à réprimer les vols, punir les adultères, châtier de mort les parricides et les parjures; — à être le défenseur des étrangers, des orphelins, des veuves et des églises [1]; à nourrir les pauvres d'aumônes; — à croire la foi catholique [2]; à exterminer les impies de son royaume; — à confier à des hommes justes les affaires du royaume; à avoir des conseillers âgés, sages et sobres; — à défendre la patrie avec courage et avec justice contre ses ennemis. » On voit combien est large et élevée cette notion de la justice du prince; et je crois bien qu'on l'a rabaissée et rapetissée en l'exprimant sous cette formule : le roi est le grand justicier, le juge de paix universel dans son royaume. En réalité, elle est plus qu'une idée du rôle de la royauté, elle est toute une conception de l'État. On comprend alors que Jonas puisse résumer sa pensée en ces mots : « La justice du roi est la paix de son peuple, et le bouclier de la patrie. »

Hincmar, de son côté, ne conçoit pas autrement les attributions du pouvoir royal : le roi est le représentant de la justice divine, le roi chrétien remplit une fonction analogue à celle des Juges d'Israël. Pour faire régner la justice, un double devoir s'impose à lui : faire de bonnes lois et veiller sans défaillance au maintien de l'ordre et à la répression des crimes; le roi est justicier et législateur.

Il rend la justice lui-même, autant que possible, ou par l'organe du comte du palais; la juridiction des comtes, dans

dans la traduction donnée au texte, de grouper plus rationnellement les propositions, et de supprimer les conseils purement moraux.

(1) Jonas revient encore ailleurs sur cette idée : *Instit. regia*, cap. IV; *Concil. Paris.*, II, 2.

(2) Rapprocher cet autre passage : « ... præ omnibus ita se sanctæ ecclesiæ catholicæ meminerit filium, ut... » (*Instit. regia.*, cap. III; *Concil. Paris.*, II. 1).

les provinces, émane de lui [1] ; toute cause, jugée déjà ou non, peut lui être déférée ; on lui soumet les cas difficiles, ceux où la coutume est incertaine, ou trop rigoureuse [2], ou contraire aux canons ecclésiastiques : dans ce dernier cas, la loi séculière doit fléchir devant la loi religieuse [3] ; d'une façon générale, il tranche la difficulté selon sa sagesse.

Le pouvoir législatif est compris dans les attributions très larges, presque universelles du roi. Il ne faut pas oublier, du reste, qu'à cette époque l'activité législative a un champ d'action limité : la loi proprement dite, le droit civil et pénal forme alors une sorte de *corpus* coutumier auquel le souverain doit toucher le moins possible : son rôle est, non de changer la loi, mais d'en assurer le respect. Il légifère de son autorité propre en dehors de la coutume ; il ne la modifie que si cela est devenu nécessaire, et sous certaines conditions. Ainsi réduit, le pouvoir législatif se confond dans la main du roi avec le pouvoir réglementaire ou exécutif : Jonas les désigne sous une commune et vague formule, « consultum ferre ». Mais il considère comme constant que ce pouvoir complexe appartient au prince : « c'est pourquoi, ajoute-t-il, il faut que tous les sujets obéissent fidèlement et consciencieusement au roi ; car celui qui résiste à la puissance ordonnée de Dieu résiste, dit l'Apôtre, à l'ordre de Dieu lui-même [4] ». — « Le roi, dit de son côté Hincmar, sert le Seigneur en faisant des lois en son nom (*leges dando pro*

(1) « Tales etiam comites et sub se judices constituere debet (rex), qui avaritiam oderint et justitiam diligant... » etc. (*De ordine palatii*, X). Pour ce traité, le dernier des ouvrages d'Hincmar, écrit en 882, je renvoie à l'édition Prou (Paris, 1885, in-8°) ; on le trouve aussi dans les *Opera* d'Hincmar, édition Sirmond (Paris, 1645, 2 vol. in-f°), t. II, p. 201 et s., et dans la *Patrol. lat.* de Migne, t. 125, col. 993 et s.

(2) *De ordine*, XXI.

(3) *Ibidem.*

(4) « Constat regalem potestatem omnibus sibi subjectis *secundum æquitatis ordinem consultum ferre* debere ; et idcirco oportet ut omnes subjecti... » etc. (*Instit. regia*, cap. VIII ; — *Concil. Paris.*, II, 8).

ipso)... Comment les rois serviraient-ils le Seigneur dans la crainte, sinon en prohibant et en punissant avec une religieuse sévérité les manquements à ses lois? Car le roi sert Dieu autrement comme homme, et autrement comme roi... Comme roi, il le sert en faisant des lois qui prescrivent le juste et prohibent l'injuste, avec une sanction convenable... Oui, les rois, en tant que rois, servent le Seigneur quand ils font pour son service *ce que les rois seuls peuvent faire* (1). »

Il ressortirait de ce texte, pris superficiellement, comme aussi du texte de Jonas que nous avons rencontré déjà (2), que le pouvoir législatif appartient pleinement au roi, et au roi seul. Pourtant une telle interprétation serait fausse : on l'a déjà vu en ce qui concerne la coutume ; on le verra plus loin encore à propos des *plaids*.

La royauté est-elle héréditaire? On sait qu'à cette époque l'hérédité monarchique, admise presque purement et simplement sous les Mérovingiens, faillit disparaître tout à fait : les prélats, si puissants alors, en étaient peu partisans. Smaragde l'admet encore (3); Jonas n'en dit rien ; Hincmar ne l'a qu'en médiocre estime (4).

(1) « ... In hoc itaque serviunt Domino reges, in quantum sunt reges, cum ea faciunt ad serviendum illi, quæ non possunt facere nisi reges » (*De regis persona...*, cap. XVI). Tout ce passage est emprunté à saint Augustin (*Patrol. lat.*, t. 33, col. 801). — Le traité *De regis persona et regio ministerio*, composé pour Charles le Chauve, se trouve dans les *Opera* d'Hincmar, éd. de 1645, t. II, p. 3 et s., et dans *Patrol. lat.*, t. 125, col. 833 et s.

(2) *Institutio regia*, cap. VIII, *supra*, p. 6, n. 4.

(3) *Supra*, p. 2, n. 3.

(4) « Quod de regno dicitur, quod pater suus ei illud dimisit,... videmus certe quam non sufficiat ad suffragium liberis paterna nobilitas. Vitia siquidem vicerunt naturæ privilegia... » (*De divortio Lotharii et Tetbergæ*, Interrog. XXIII, *quæst. 6*). — L'hérédité continua cependant à avoir des partisans : en 835, les évêques qui *restituent* Louis le Pieux sur le trône déclarent qu'il a été dépouillé à tort du royaume qu'il tenait de son père : « Immerito depositus paterno hereditarioque regno et honore et regio nomine » (Annales de St Bertin, a. 835, éd. Dehaisnes, p. 17). Nous avons

Quant au principe monarchique lui-même, et à l'exclusion des femmes, ils n'en parlent même pas, tant ces deux points leur semblent hors de conteste.

II. — Sur la délicate question de l'origine et du fondement de la souveraineté, les auteurs de l'époque carolingienne (on a déjà pu l'entrevoir par ce qui précède), admettent unanimement que c'est de Dieu seul que procède l'autorité du prince. Non pas que le peuple n'ait aucun droit, aucun rôle dans le choix du souverain et même dans l'exercice du pouvoir : l'élévation de Pépin après la déposition de Childéric, — sur laquelle, du reste, on eut des scrupules, — la part prise par le peuple, c'est-à-dire par les grands, et surtout les grands ecclésiastiques, à ce changement de dynastie et à la direction des affaires, le montrent assez. Mais si le prince gouverne, et même acquiert son droit souverain, *avec le consentement* du peuple, le peuple n'est à aucun degré la source d'où provient ce droit, cette autorité. Que telle soit bien la pensée des écrivains du IXe siècle, et la pensée commune de leurs contemporains, c'est ce qui ne nous paraît pas douteux. On a souvent interprété la formule *« roi par la grâce de Dieu »*, — Charlemagne est probablement le premier qui ait pris ce titre, — dans le sens d'un simple témoignage de reconnaissance envers Celui qui, maître de toutes choses, dispose des trônes comme de tous les biens dont jouissent les hommes. Mais cette formule a une signification plus précise ; et si elle n'implique pas ce qu'on entend parfois, et à tort, par « droit divin », c'est-à-dire le droit héréditaire, si elle en est même plutôt, aux IXe et Xe siècles, la négation, elle est aussi la négation d'une souveraineté émanée, à un titre quelconque, du peuple. Le choix et le consentement du

ici, à tout le moins, le sentiment de l'auteur de cette première partie des *Annales*, c'est-à-dire d'un dignitaire ecclésiastique contemporain des événements, et qui représente un courant d'opinion.

peuple ne sont que l'instrument dont Dieu se sert pour manifester sa volonté [1]; l'élection d'un roi ressemble à celle d'un évêque ou d'un abbé [2] : et ce rapprochement de deux ordres de choses d'ailleurs différents, le temporel et le spirituel, ce rapprochement qui paraîtra si dangereux aux théologiens et aux canonistes postérieurs au XIIIe siècle, n'effraye pas ceux de l'époque carolingienne. La royauté est une espèce de sacerdoce.

« Aucun roi, écrit Jonas, ne doit dire qu'il tient son royaume de ses ancêtres, mais il doit croire humblement qu'il le tient en vérité de Dieu... » Et après avoir cité les textes de l'Écriture classiques en cette matière, Jonas conclut : « C'est pourquoi celui qui dans l'ordre temporel commande aux autres hommes, doit croire que le souverain pouvoir lui a été confié, non par les hommes, mais par

(1) Il suffira, pour montrer combien est juste cette formule que j'emprunte à M. Prou (*Introduction* au *De ordine* d'Hincmar, p. XXIX), de citer les paroles de l'évêque Adventius au sacre de Charles le Chauve comme roi de Lorraine (869) : «... (Rex) quem ipse (Deus) ad salutem et profectum nostrum *præscitum et electum atque prædestinatum* habebat secundum misericordiam suam. Quia denique *voluntatem Dei*, qui voluntatem timentium se facit, et deprecationes eorum exaudit, *in concordi unanimitate nostra videmus hunc regni hujus heredem esse legitimum*,... videtur nobis, si vobis placet, ut.... signo certissimo demonstremus, quia illum a Deo electum et nobis datum principem credimus... » Le roi, prenant ensuite la parole, exprime la même pensée. (Hincmar, éd. de 1645, t. I, p. 742 ; — *Patrol. lat.*, t. 125, col. 803-804.) — Cf. Smaragde, *supra*, p. 2 n. 3.

(2) « Coronet te Dominus corona gloriæ..., et ungat te in regni regimine oleo gratiæ Spiritus sancti sui, *unde unxit sacerdotes, reges, prophetas* et martyres... (etc.). Et qui (Deus) te voluit super populum constituere regem... (etc.) » (Formule de consécration prononcée au sacre de Charles le Chauve comme roi de Lorraine, dans Hincmar, éd. de 1645, t. I, p. 745 ; — *Patrol. lat.*, t. 125, col. 807. — La formule est à peu près la même pour le sacre de Louis II en 877). Ajouter le texte d'Abbon cité *infra*, p. 18 n. 1, et la charte de Louis VII (1143), p. 21 n. 3. — Au commencement du XVe siècle, Clémengis établit encore cette analogie entre la royauté et le sacerdoce : v. *infra*, p. 49, n. 2.

Dieu. » Jonas insiste sur cette idée : « Il est donc bien certain que la souveraineté temporelle est conférée, non par l'habileté, la volonté ou la force des hommes, mais par la vertu et le secret dessein de la Providence divine (1). » Veut-on un texte encore plus précis ? Après avoir rappelé, en une formule concise et pleine (2), que « la fonction du roi est principalement de gouverner le peuple de Dieu avec justice et de faire régner la paix », Jonas explique pourquoi la justice (au sens le plus large et le plus élevé) est à la fois la fonction et la vertu royale par excellence : « Le roi doit savoir que la cause, les intérêts dont il est chargé à raison de son ministère, ne sont pas la cause ou les intérêts des hommes, mais ceux de Dieu » ; car « les rois ont été constitués par lui pour le représenter auprès du peuple », et il leur demandera compte de leur mission au jour du jugement (3).

C'est, on le voit, la doctrine du droit divin proprement dit qui est exposée ici par l'évêque d'Orléans ; ajoutons que c'est, pour longtemps encore, la doctrine communément admise (4). Elle avait pénétré peu à peu la monarchie franque,

(1) *Institutio regia*, cap. VII ; *Concil. Paris.*, II, 5.

(2) V. *supra* p. 3 n. 7.

(3) « Scire etiam debet (rex), quod causa, quam juxta ministerium sibi commissum administrat, *non hominum sed Dei causa* existit... Oportet ut ipse, qui judex est judicum,... diligenter inquirat, ne forte *illi qui ab eo constituti sunt, et vices ejus agere debent populo*, injuste aut negligenter pauperes oppressiones pati permittant » (*Instit. regia.*, cap. IV ; *Concil. Paris.*, II, 2). Voir encore le chap. VI de l'*Institutio regia* (*Concil. Paris.*, II, 4). — Cf. Hincmar : « Meminerant enim a Deo potestates has (le droit de punir, même de mort) fuisse concessas, et *Dei ministrum* esse datum in hujusmodi vindicem » (*De regis persona*, cap. XXVI). — « De his quæ regio ministerio *vobis a Deo commisso* competere vidi... » (*op. cit.*, *Præfatio*). — Cf. encore la formule du serment de fidélité prêté à Charles le Chauve par tous les *fidèles* en 858 : «... ut *illam potestatem quam* in regio nomine et regno *vobis Deus concessit*... etc. » (Baluze, *Capit.*, II, col. 99 ; Boretius, *Capit.*, II, p. 296).

(4) On s'est quelquefois appuyé sur un passage d'Hincmar (*De divortio Lotharii et Tetbergæ*, Interrog. XXIII, quæst. 6 : édit. de 1645, t. I. p.

et se réalisa pleinement avec la dynastie carolingienne. La cérémonie du sacre en fut l'expression : l'introduction du sacre dans le droit public de la monarchie n'est que la manifestation extérieure de la transformation profonde qui, de la royauté barbare, fit la royauté française.

Il faut remarquer que, si elle peut servir à justifier le

693-696 ; — *Patrol. lat.*, t. 125, col. 756-759), pour lui attribuer la doctrine beaucoup plus récente selon laquelle le pouvoir souverain, ayant, bien entendu, son origine première en Dieu, est donné par lui, de droit naturel, au peuple, qui le transfère, quand et comme il lui plaît, au prince ou au gouvernement qu'il constitue. « Il faut savoir, dit Hincmar, que quelques uns ont été faits princes par Dieu, comme Moïse, Samuel et Josias ;... d'autres par Dieu mais avec l'intermédiaire de l'homme, comme Josué et David ; d'autres encore par l'homme, avec l'assentiment divin, car rien n'arrive, comme dit Augustin, que ce que Dieu même fait ou permet : comme Salomon, qui fut fait roi, sur l'ordre de David son père, par le prêtre Sadoc et le prophète Nathan. Beaucoup sont constitués rois par la volonté des citoyens et des soldats, ou détrônés ainsi, et même des saints, comme Samuel. D'autres règnent par succession paternelle, comme on le voit dans les histoires et les chroniques... etc. » Il suffit de lire attentivement ce texte pour s'apercevoir que l'auteur n'a en vue que le côté matériel, extérieur pour ainsi dire, de l'élévation des princes, quand il énumère les diverses manières de parvenir au trône : comme exemple des princes qui ont été déposés par les citoyens et les soldats (et qui auraient pu être élevés de même), il cite Samuel, qu'il vient déjà de nommer parmi ceux que Dieu a faits princes en quelque sorte de ses propres mains. Les exemples éclairent la pensée : il est bien évident qu'Hincmar n'entend pas distinguer entre deux sortes de rois, les uns recevant la souveraineté immédiatement de Dieu même, les autres la recevant des hommes par une véritable cession. Cette notion plus compliquée d'une acquisition à deux degrés n'est pas dans son esprit. — Par contre il semble bien penser que la royauté, précisément parce qu'elle est une sorte de sacerdoce d'ordre inférieur, ne s'acquiert et ne se conserve que par la volonté des évêques : la manière dont il parle de la déposition et de la réintégration de Louis le Pieux est significative : « Pium Augustum Hludovicum a regno dejectum, post satisfactionem *episcopalis unanimitas*,... cum populi consensu, et Ecclesiæ et regno *restituit* » *(ibidem)* : le peuple donne son assentiment, mais ce sont les prélats qui *restituent* ; la royauté est à la fois une fonction laïque et une fonction religieuse : *et Ecclesiæ et regno*. — Rapprocher la *Proclamatio domni Caroli regis* au concile de Savonnières, III, dans Labbé et Cossart, t. VIII, col. 679.

pouvoir absolu, cette doctrine n'exclut pas nécessairement l'idée d'un contrôle auquel serait soumis le pouvoir royal. Elle l'implique même plutôt : car, pour remplir sa mission, pour gouverner selon la droite raison, le prince a besoin d'être entouré d'un conseil plus ou moins nombreux. Et tel fut bien en effet le gouvernement du roi carolingien.

III. — Les limitations du pouvoir royal peuvent se ramener à trois : 1° Concours d'une assemblée ; — 2° Caractère obligatoire de la loi, qui s'impose au prince ; — 3° Obligation morale et religieuse.

1° Concours d'une assemblée. — Si les écrits de Smaragde et de Jonas ne parlent guère de limitations *positives* (leur doctrine est plus morale que politique), Hincmar au contraire décrit en détail, — d'après Adalhard, — les *placita* ou plaids du temps de Charlemagne, qu'il semble bien considérer comme une institution traditionnelle, comme un rouage essentiel de la monarchie. Nous ne le suivrons pas dans cette description [1], et nous n'en retiendrons que ce qui peut nous éclairer sur les principes généraux dès lors admis dans le droit public.

Le roi, bien que considéré comme le lieutenant même de Dieu, ne peut cependant prendre aucune décision importante sans le concours et l'approbation de ces fameux *plaids* : ainsi le veut la *coutume* [2]. Les grands seigneurs, les évêques, les hauts fonctionnaires y ont voix délibérative. « Ils reçoivent de l'autorité royale, pour en conférer et les examiner, les principales dispositions législatives ou administratives [3], distribuées en chapitres, et que le roi lui-même avec l'inspi-

(1) V. le *De ordine palatii,* avec l'Introduction et les notes de M. Prou.

(2) « Consuetudo autem tunc temporis talis erat ut... » (*De ordine,* XXIX).

(3) J'emprunte la traduction de M. Prou. L'expression latine est des plus vagues : « ... *quæ* vel ab ipso... inventa,... » etc. La traduction française, en précisant, ne fausse pas le sens.

tration divine a trouvées, ou qui lui ont été suggérées... Ils en délibèrent tantôt un jour, tantôt deux, quelquefois trois et davantage, suivant l'importance des affaires. » Ordinairement, le roi n'assiste pas à ces délibérations ; « néanmoins, chaque fois que l'assemblée le désire, le roi y vient siéger » ; ou encore, « par l'intermédiaire de messagers choisis parmi les officiers palatins, elle adresse au roi des questions sur tous les points qu'il lui plaît et reçoit réponse. Aucun étranger n'y est admis avant que le résultat de la délibération sur chaque point n'ait été annoncé au prince..., et que tous n'aient *adhéré à la décision que la sagesse qu'il tient de Dieu lui fait choisir* (1). » Ainsi le *plaid* a le pouvoir d'examiner et de délibérer, mais au roi seul appartient la décision. Il serait difficile de préciser d'un mot l'importance et le rôle qu'avait cette assemblée aux yeux des contemporains et dans la réalité elle-même : moins qu'un organe co-législatif, plus qu'un simple corps consultatif, telle est la définition du plaid que l'on peut tirer de l'exposé d'Hincmar et des autres documents contemporains (2). Nous en retiendrons cette idée générale que le pouvoir du roi, absolu dans son principe, est tempéré dans son exercice, et que ce tempérament n'est pas à la discrétion du prince.

2° Caractère obligatoire de la loi, qui s'impose au roi. — On a déjà vu que la coutume, la *loi*, personnelle à chacun

(1) Hincmar, *De ordine palatii*, XXXIV-XXXV.

(2) Dans un capitulaire de 825, Louis le Pieux reconnaît formellement le droit des grands à prendre part au gouvernement : « Sed quamquam summa hujus ministerii in nostra persona consistere videatur, tamen et divina auctoritate et humana ordinatione ita per partes divisum esse cognoscitur, ut unusquisque vestrum in suo loco et ordine partem nostri ministerii habere cognoscatur. Unde apparet, quod ego omnium vestrum admonitor esse debeo, et omnes vos nostri adjutores esse debetis. » (*Capit.* de 823-825, art. 3 ; Baluze, I, col. 633 ; Boretius, I, p. 303.) — Les grands doivent au roi aide et conseil, *auxilium et consilium*. — Leur participation effective au pouvoir grandit démesurément sous les règnes faibles : nous sommes aux origines de la féodalité.

selon son pays d'origine, forme une partie considérable du droit qui n'est pas l'œuvre du pouvoir législatif du prince, et dont celui-ci *doit* assurer le respect. Les dispositions nouvelles qui peuvent venir modifier ou compléter ces lois, ces coutumes (*capitula legibus addenda*), doivent être approuvées par les sujets auxquelles elles s'appliquent. Cette double règle est attestée par de nombreux textes, en particulier par celui-ci, qui est resté célèbre : « *Lex consensu populi et constitutione regis fit* [1] ». — Il y a encore une autre catégorie de lois qui s'imposent au prince : ce sont les lois canoniques ; il est tenu de les observer, de les faire observer, et, s'il y a lieu, de faire plier la loi civile devant la loi religieuse.

Ceci rappelé, ce que nous entendons ici par caractère obligatoire de la loi, qui s'impose au prince, n'est autre chose que l'obligation, pour celui-ci, d'observer et de faire observer la loi, qu'elle soit coutumière, canonique, ou même émanée de sa propre autorité législative, tant qu'elle est en vigueur, et par cela seul qu'elle est la loi. Ecoutons Hincmar : « Quand on dit qu'il n'est permis à personne d'ignorer les lois et de mépriser leurs décisions, il n'y a aucun homme, à quelque ordre qu'il appartienne, qui soit excepté et échappe à cette règle. Car les rois et les ministres de l'État ont des lois selon lesquelles ils doivent gouverner dans chaque province ; ils ont les capitulaires des rois chrétiens et de leurs ancêtres, promulgués légalement par eux avec le consentement général de leurs fidèles, et qu'ils doivent observer [2]. »

Cette doctrine se trouvait déjà contenue, si l'on veut y prendre garde, dans la concise formule de Jonas, « *neminem*

(1) Edit de Pistes (864), art. 6 (Baluze, II, col. 177 ; Boretius, II, p. 313). — Cf. P. Viollet, *Hist. des Inst. pol. de la Fr.*, t. I, p. 285 n. 1, et Esmein, *Cours d'Hist. du droit fr.* (3e éd., Paris, 1898, in-8o), p. 69 n. 1.

(2) Hincmar, *De ordine palatii*, VIII. — Cf. *De regis persona*..., XXVII, *in fine*.

injuste per potentiam opprimere » : la justice du roi consiste à n'opprimer personne par abus de puissance. Elle était formellement acceptée par la royauté. « Nous voulons, dit Pépin, fils de Charlemagne, que de même que nous observons la loi envers tous, de même tous la fassent observer envers nous [1]. » — « Sachez, dit Charles le Chauve, que je conserverai la loi et la justice, à chacun selon son ordre [2]. » — « Je promets, dit Louis le Bègue, de conserver les coutumes et les lois de la nation [3]. »

Comment faut-il entendre cette promesse de ne pas toucher aux lois ? celles-ci ont-elles un caractère d'immutabilité absolue ? le roi n'a-t-il plus le pouvoir législatif ? — Nullement. Cette promesse équivaut simplement à celle de ne point changer les lois par abus de puissance, sans les conditions requises : par exemple, l'assentiment du *placitum* pour les capitulaires, le consentement des sujets pour les additions aux lois personnelles. Cette promesse équivaut donc à celle d'observer les règles du droit public, ce qu'on appellera plus tard les lois fondamentales. Le prince, d'ailleurs, aussi bien qu'il promet d'observer celles qui limitent son pouvoir, entend faire reconnaître celles qui le lui garantissent : quand Charles le Chauve s'appuie sur la

(1) « Volumus ut sicut nos omnibus legem observamus, ita et omnes nobis legem conservare faciant » (*Capit.* de 801-810, art. 15; Boretius, I, p. 210 ; manque dans le recueil de Baluze).

(2) « Sciatis me... unicuique in suo ordine secundum sibi competentes leges tam ecclesiasticas quam mundanas legem et justitiam conservare » (Serment de Charles le Chauve comme roi de Lorraine, en 869, dans Hincmar, éd. de 1645, t. I, p. 742; *Patrol. lat.*, t. 125, col. 804). — V. encore une formule toute voisine dans un capitulaire de ce prince, de l'an 843, art. 3 (Baluze, II, col. 5-6 ; Boretius, II, p. 255).

(3) « Polliceor etiam me servaturum leges et statua populo, qui mihi ad regendum misericordia Dei committitur, pro communi consilio fidelium nostrorum... » etc. (Serment de Louis II comme roi de France (877), dans *Annales Bertiniani*, édition Dehaisnes, p. 263-264. Hincmar est l'auteur de cette partie des Annales de Saint-Bertin).

coutume ancienne de France pour affirmer l'hérédité monarchique (à une époque où elle est bien compromise), n'est-ce point déjà la loi fondamentale, la loi du royaume qu'il invoque ? (1) Si l'expression n'est pas encore trouvée, la chose existe dejà, et la notion abstraite elle-même, encore assez confuse, est pourtant bien près d'être clairement formulée par Hincmar quand il écrit : « Les rois ont des lois selon lesquelles ils doivent gouverner. »

3° Obligation morale et religieuse. — On a pu remarquer que dans les textes cités, littéraires ou législatifs, c'est l'idée du *devoir* qui domine ; le verbe *debere* revient à chaque instant. Smaragde, Jonas, Hincmar enseignent ce que le prince *doit* être, ce qu'il *doit* faire ; le souverain emploie lui-même ce langage. La loi de *justice* apparaît donc, à cette époque, comme une règle constitutionnelle de première importance. C'est elle qui confirme et garantit toutes les autres. Sans doute, la tradition, la coutume, s'impose avec une force égale au souverain et à la nation ; elle fonde le droit à elle seule. Mais d'une part elle ne détermine pas tout, et la loi de justice est la seule règle du pouvoir *discrétionnaire* si large qui appartient alors au prince. D'autre part les coutumes politiques qui organisent et limitent le pouvoir se trouvent puissamment corroborées par elle. La *justice* du prince l'oblige à maintenir et à respecter la tradition.

Cette obligation morale du prince a d'autant plus de valeur qu'elle est une obligation religieuse : c'est parce que son pouvoir est de droit divin, que le roi est tenu de l'exercer conformément à la justice ; et une seconde obligation religieuse, celle qui résulte du serment, vient encore doubler et confirmer la première.

(1) « Ex consuetudine olitana..., in Francorum regno reges ex genere prodeunt » *(Libellus proclamationis domni Caroli regis*, au concile de Savonnières, dans Labbé et Cossart, t. VIII, col. 679).

II

Théories d'Abbon de Fleury, de Hugue de Ste-Marie, d'Ive de Chartres ; — de Jean de Salisbury, de Vincent de Beauvais, de Guillaume d'Auvergne, etc.

Telles étaient les conceptions politiques du IXe siècle : le Xe et le XIe les recueilleront sans y rien changer. De même que la royauté de Hugue Capet et de ses premiers successeurs, « par sa nature et ses traits essentiels, ne fait que continuer celle de l'ère carolingienne (1) », de même Abbon de Fleury, dans ses *Canons* (œuvre, sinon officielle, du moins autorisée par le gouvernement de Hugue Capet), et, à la fin du XIe siècle, Hugue de Sainte-Marie, dans son traité *De regia potestate et sacerdotali dignitate*, Ive de Chartres dans son *Decretum* et sa *Panormia*, ne tiennent pas un autre langage que Jonas ou Hincmar, et ne sortent pas du même ordre d'idées. Même méthode, consistant à s'appuyer moins sur le raisonnement abstrait que sur l'autorité de l'Écriture sainte ou des Pères de l'Église ; ils utilisent les mêmes sources, notamment saint Augustin et surtout saint Isidore de Séville; ils se ressemblent et se répètent (2). Même conception de la

(1) Luchaire, *Histoire des Institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens* (2e éd., Paris, 1891, 2 vol. in-8o), t. I, p. 38. « Les caractères fondamentaux de la monarchie restaient les mêmes... Bien qu'agissant sur un terrain plus circonscrit, avec des moyens de gouvernement moins efficaces et moins nombreux, c'était cependant toujours la même royauté, armée des mêmes droits et constituée des mêmes pouvoirs. » Les premiers Capétiens eux-mêmes « sentaient que leur avènement ne constituait pas un état de choses nouveau, et qu'ils représentaient, après les Carolingiens, un système politique dont l'origine remontait aux premiers temps de la monarchie franque » *(Ibidem)*. Sur cette question, voir l'ouvrage cité, notam. t. I, p. 21-59, 247, etc.

(2) Sauf sur la question des rapports des pouvoirs spirituel et temporel, que nous n'avons pas à aborder ici.

royauté, considérée comme un ministère de droit divin, à demi religieux (1), *ad dispensationem reipublicæ et utilitatem ecclesiarum* (2). Même conception de ses pouvoirs complexes (3), comprenant à la fois l'administration de la justice et le pouvoir législatif (4) ; mêmes limitations du pouvoir

(1) « Tres namque electiones generales novimus, quarum una est *regis* vel imperatoris, altera *pontificis*, tertia *abbatis*... Et unaquæque non pro sæcularis amicitiæ gratia vel pretio... » etc. (Abbon, *Canones*, III ; *Patrol. lat.*, t. 139, col. 478). — « Deus omnipotens cæteris hominibus regem, cui cum eis una nascendi moriendique conditio est, prætulisse cognoscitur, ut... » ; — « rex bonus hominibus datur Deo propitio, et pravus Deo irato... Honorandi etiam sunt omnes qui in potestate positi sunt ab iis quibus præsunt, etsi non propter se, vel propter ordinem et gradum *quem a Deo acceperunt.* » (Hugue de Sainte-Marie, *op. cit.*, lib. I, cap. 4 ; *Patrol. lat.*, t. 163, col. 943, 944). « Rex in regni sui corpore Patris omnipotentis obtinere videtur imaginem » (*ibid.*, cap. 3, col. 942).— « Dedit Deus principibus præsulatum pro regimine populorum, et illis eos præesse voluit,..., (ut) dono Dei pro tuitione utantur membrorum Christi » (Ive de Chartres, *Decretum,* XVI, 40, ex dictis Isidori, *Patrol. lat.*, t. 161). — Cf. les chartes des premiers Capétiens : «... Divinum cessamus explere misterium » (Henri Ier, 1031-1060) ; — « quoniam universis in orbe regibus, quibus omnipotens Creator humanam rempublicam regendam distribuit... etc. Ministri siquidem regni Dei sumus in hoc ipsum illi servientes. » (Philippe Ier, 1068 ; citées dans Luchaire, *op. cit.*, I, p. 41, notes, et 45 n. 2).

(2) Abbon reproduit textuellement (*loc. cit.*) la définition de la justice du prince déjà citée (ci-dessus, p. 4-5). Mêmes idées dans Hugue de Sainte-Marie, *op. cit.*, col. 943, 948.

(3) « Cum regis ministerium sit totius regni penitus negotia discutere, ne quid in eis lateat injustitiæ... » (Abbon, *op. cit.*, IV, col. 478). — « Nostræ sublimitas pietatis non aliter recto stare valet ordine nisi omnibus et per omnia justitiam operando » (Diplôme de Hugue Capet, cité dans Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 43 n. 1).

(4) « Legum promulgatio regum edictis extenditur... Lex est principum constitutio scripta » (Abbon, *Canones*, IX, col. 482). Abbon reconnaît même plus d'autorité aux lois édictées par le prince qu'à la coutume : « ... quæ si publicis utilitatibus non impeditur ipsa pro lege succedit... Lex est principum constitutio scripta ; mos vero consuetudo vetustate probata,nec tamen scripta » (*ibid.*). — Dieu, dit Hugue de Sainte-Marie, met un roi à la tête du peuple, « ut subjectum populum... ad recte vivendum legibus subdat » (*op. cit.*, lib. I, cap. 4, col. 943). — « Principum placita

royal, soit en ce qui concerne la participation des grands à l'exercice du pouvoir (1), soit en ce qui concerne la force obligatoire de la loi (2). La littérature politique de cette époque ne fait que continuer celle de l'époque précédente ; l'analyser en détail nous ferait tomber dans d'inutiles redites.

Dès la fin du XIe siècle, cependant, avec Ive de Chartres, on pressent l'influence nouvelle qui va transformer, au XIIe et surtout au XIIIe siècle, les doctrines politiques aussi bien que le droit privé. Je veux parler de l'influence du droit romain,

animo jus condendi facta, habent vim legis generalis, nisi sint facta ad certas personas, quia tunc personas non egrediuntur » (Ive de Chartres, *Panormia*, II, 147 ; *Patrol. lat.*, t. 161). — Cf. Richer : « More regio decreta fecit, legesque condidit, felici successu omnia ordinans atque distribuens » (cité dans Luchaire, *op. cit.*, I, p. 243 ; il s'agit de Hugue Capet).

(1) « Cum regis ministerium sit totius regni penitus negotia discutere,... quomodo ad tanta poterit subsistere, nisi annuentibus episcopis et primoribus regni ? » (Abbon, *Canones*, IV, col. 478). — Hugue Capet écrit à l'archevêque de Sens : « Ne voulant abuser en rien de la puissance royale, nous avons soumis toutes les affaires de l'État à la délibération de nos fidèles » (cité dans Luchaire, *op. cit.*, I, p. 250). La plupart des diplômes royaux de cette époque mentionnent expressément « le conseil et l'assentiment » des évêques et des grands du royaume ; v. Luchaire, *op. cit.*, I, p. 246-251.

(2) La loi divine et religieuse : « Sub religionis disciplina regia potestas posita est. Nam, quamvis sit rex potestatis culmine præditus, nodo tamen christianæ fidei tenetur astrictus » (Hugue de Sainte-Marie, *op. cit.*, lib. I, cap. 7, col. 951). Ce passage, emprunté à Isidore de Séville, est reproduit aussi par Ive de Chartres (*Decretum*, XVI, 43). — La loi séculière : « Justum est principem legibus obtemperare suis. Tunc enim jura sua ab omnibus custodienda existimet, quando et ipse illis reverentiam præbet » (Ive de Chartres, *ibid.*). — Cf. les chartes des premiers Capétiens : « Nostræ sublimitas pietatis non aliter recto stare valet ordine nisi... ac justa priorum sectando mentaliter decreta regum... ». — « Quod quidem tunc æquitatis assensu nos factum iri putamus, si leges a Deo mortalibus inspiratas, et antiquorum regum predecessorum nostrorum constitutiones, decreta, dispositiones, sed et episcoporum et apostolicorum romanorum pontificum mandata, inviolabiliter servemus et in diebus nostris eadem auctoritatis nostræ vigore roboremur. » (Diplôme de Hugue Capet et charte de Philippe Ier (1068), citées dans Luchaire, *op. cit.*, I, p. 43 n. 1, et 45 n. 2).

c'est-à-dire du droit de Justinien, et de l'influence des littératures et de la philosophie antiques. Ive de Chartres, dans ses compilations, fait une large place au droit romain. A propos du pouvoir législatif du prince il donne (1) le fameux texte des Institutes : « Ce que l'empereur décide par rescrit, ou décrète en connaissance de cause, ou prescrit par édit, a force de loi ; c'est ce qu'on appelle *constitutions* ». Mais la manière dont il découpe sa citation et dont il rédige son renvoi est à relever : « Institutionum lib. I, cap. 2, leg. *Quod principi*, § *Quodcunque*... » : ce qui signifie qu'il laisse à dessein de côté le célèbre passage où il est dit que « par la loi royale le peuple a transféré tout son pouvoir à l'empereur » (2). Cette idée que c'est le peuple qui aurait transféré *son* pouvoir au prince ne lui semble pas bonne à introduire dans le droit politique chrétien ; Ive de Chartres n'entend pas encore l'origine divine de la souveraineté à la manière dont on l'entendra au XIIIe siècle, après la renaissance et l'invasion de la philosophie d'Aristote, ou même au XIIe après celle des littératures de l'antiquité païenne. Pourtant la brèche est déjà faite, par où elles pénètreront, et il est assez piquant de remarquer que le fameux texte romain « que la volonté du prince a force de loi » n'a pas été introduit en France par les légistes, comme on les en a tant accusés, mais par un saint évêque et un savant canoniste, qui n'était rien moins qu'un flatteur des rois.

(1) *Panormia*, II, 147.

(2) Le texte original est, en effet, ainsi conçu : « Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. Quodcunque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto præcepit, legem esse constat : hæc sunt, quæ constitutiones appellantur. » (Institutes, lib. I, cap. 2, § 6). — Le *Decretum*, IV, 173, donne exactement le même fragment que la *Panormia*, coupé de la même manière, mais le renvoi est moins précis : il ne vise que le livre et le chapitre. — La *Panormia* est probablement postérieure au *Decretum* (voir P. Fournier, *apud* Brissaud, *Histoire du droit français*, I, p. 138 ; Paris, 1904, 2 vol. in-8°).

Ceux qui l'ont suivi ne mirent pas toujours le même discernement dans leurs emprunts à l'antiquité. Dès le XIIe siècle, un auteur qui n'est pas un juriste, mais dont la vaste érudition est nourrie des littératures anciennes (d'innombrables citations de Cicéron, de Plutarque, de Virgile, d'Horace, d'Ovide, de Lucain, de Juvénal, etc., se mêlent dans son œuvre à celles de la Bible), — Jean de Salisbury, évèque de Chartres comme Ive, admet le transfert de la souveraineté par le peuple : le prince, dit-il, est le ministre du peuple, c'est le pouvoir de tous les sujets qui lui est conféré (1). Cette idée est nouvelle dans la littérature politique du moyen âge (2) : quand elle apparaît, la monarchie française, vieille déjà de plus de six siècles, possède ses traits et ses lois essentielles définitivement formées. Au temps même de Jean de Salisbury, Suger en est encore au droit divin pur et simple (3). Mais il y a dès lors deux courants, et c'est

(1) « ... Populum regit, cujus se credit ministrum... In eum omnium subditorum potestas confertur, ut... » (*Polycraticus*, lib. IV, cap. 1 ; *Patrol. lat.*, t. 199, col. 513).

(2) On a soutenu le contraire, mais sans preuves convaincantes : voir par exemple Féret, *Le pouvoir civil devant l'enseignement catholique* (Paris, 1888, in-12), *Disc. prélim.* — Tout au plus pourrait-on citer, du XIe siècle, les deux vers de l'italien Pierre Damien :

Potestas est in populo
A summo data Domino.

Isolés, ils semblent bien clairs et bien explicites. Replacés dans la pièce dont ils sont tirés, entre un quatrain sur la dévotion des moines qui doivent être détachés des biens de la terre, et les deux vers suivants, avec lesquels ils forment quatrain à leur tour,

Ei cum fide serviant
Qui sacramenta fecerant,

ils le sont beaucoup moins. Quelle portée faut-il leur attribuer ? De toutes façons ils ne nous font pas remonter au-delà du milieu du XIe siècle et ne semblent pas avoir influencé les auteurs français de cette époque. M. l'abbé Féret ne les cite pas. — Pour ce texte, voir Migne, *Patrol. lat.*, t. 145, col. 975, complété par L. Delisle, *Notice sur des manuscrits du fonds Libri conservés à la Laurentienne à Florence*, p. 85-86 (Paris, 1896, in-4o).

(3) Le prince, dit-il, est « le vicaire de Dieu dont il porte la vivante image en lui-même », « ... partem *Dei, cujus ad vivificandum portat rex*

le second qui finira par emporter l'adhésion de toute l'école.

Dans la première moitié du XIIIe siècle, il est facile de les suivre bien distinctement : le dominicain Vincent de Beauvais, tout en puisant largement dans l'antiquité profane, et en particulier dans les Institutes de Justinien, tient cependant encore pour le droit divin, autant du moins qu'on en peut juger par le choix des éléments qu'il introduit dans sa compilation [1] : au contraire, Guillaume d'Auvergne, évêque de Paris, prend nettement parti pour la délégation de la souveraineté par le peuple.

Vincent de Beauvais, comme Ive de Chartres, cite le texte des Institutes de Justinien touchant le pouvoir législatif du prince : comme Ive de Chartres, et d'une manière encore plus frappante, il l'altère et le tronque [2] : il est clair qu'il veut écarter, de dessein bien arrêté, l'idée d'un *transfert*, d'une *cession* de la souveraineté par le peuple. D'autre part, quand

imaginem, vicarius ejus liberam restituat » (Vie de Louis le Gros, XVIII, dans *Œuvres compl.*, éd. Lecoy de La Marche, p. 72). — Cf. les chartes de la même époque : « Terrenis regibus Rex regum iccirco rerum summam imposuit... » etc. (Louis VI, en 1133) ; — « scimus quia ex authoritate Veteris Testamenti, etiam nostris temporibus, ex ecclesiastico instituto soli reges et sacerdotes sacri crismatis unctione consecrantur. Decet autem ut qui soli præ ceteris omnibus sacrosancta crismatis linitione consociati... » etc. (Louis VII, en 1143 ; — citées dans Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 41 n. 3 et 42 n. 2).

(1) Il exprime rarement son opinion personnelle, et les fragments très divers qu'il rapporte s'accordent parfois assez mal.

(2) Voici ce qu'il devient sous sa plume : « Imperatoriam majestatem, non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari. Quodque principi placuit, legis habeat vigorem. Quodcunque igitur Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, hæ sunt quæ constitutiones appellantur. » (*Speculum doctrinale*, libr. VII, cap. 34). La première phrase de ce texte est empruntée au *proœmium* des Institutes ; Vincent de Beauvais la soude immédiatement à « Quod principi placuit... » Pour cette seconde partie du texte, rapprocher l'original, ci-dessus, p. 20 n. 2.

il établit la distinction du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel, et la supériorité du premier sur le second (1), il se garde d'invoquer, comme on le fera plus tard, cet argument que le premier est conféré par Dieu même, le second par les hommes, et il s'appuie uniquement sur les différences de nature et de fin qui les distinguent essentiellement. Il conçoit bien plutôt la royauté comme une fonction conférée par l'Église (2) : « Dans l'ancien testament, dit-il, le sacerdoce a d'abord été institué par Dieu, et seulement ensuite le pouvoir royal a été, sur l'ordre de Dieu, établi par le sacerdoce. C'est pourquoi maintenant encore, dans l'Église de Dieu, l'évêque sacre les rois (3). »

Vers la même époque, Guillaume d'Auvergne, évêque de Paris, tient un tout autre langage : il n'est pas loin d'introduire la souveraineté populaire dans l'Église elle-même. « Il faut savoir, dit-il, que le pouvoir du magistrat, soit séculier, soit spirituel (*potestatem magistratus*, *sive secularis*, *sive spiritualis*), n'est autre que le pouvoir de la cité dont il est le magistrat; tout magistrat, en effet, sert la cité, même lorsqu'il commande; il ne possède que la seule exécution, ou l'exercice d'une juridiction qui n'appartient pleinement qu'à la cité elle-même. Cela est de toute évidence dans les cités qui se gouvernent elles-mêmes et se constituent des magistrats ; mais les rois aussi ne sont rien de plus que les ministres de leur royaume... Le prince de la république spirituelle, c'est-à-dire le Pontife romain (*princeps vero reipublicæ spiritualis romanus pontifex*), reconnaît de son côté que c'est une fonction de serviteur qui lui est confiée, et se nomme le serviteur des serviteurs de Dieu (4). »

(1) *Ibid.*, cap. 31 et 32.

(2) Cf. Hincmar, *supra*, p. 10, n. 4, *in fine*, et la charte de Louis VII, p. 21 n. 3.

(3) *Spec. doctrin.*, lib. VII, cap. 32.

(4) Guillaume d'Auvergne, *De sacramento ordinis*, cap. X, dans ses *Opera omnia* (Paris, 1674, 2 vol. in-f°), t. Ier p. 543. — On aperçoit ici, dès

L'influence des idées antiques sur la cité et le pouvoir souverain est ici manifeste ; Guillaume d'Auvergne connaissait d'ailleurs les doctrines aristotéliciennes. Ainsi la voie était ouverte, où l'École devait s'engager définitivement quelques années plus tard, avec Albert le Grand et saint Thomas d'Aquin.

En dehors de cette question de l'origine de la souveraineté, les écrivains du XII[e] et de la première moitié du XIII[e] siècle ne font guère que suivre leurs devanciers. Leur conception d'une royauté justicière [1], législatrice [2], aux pouvoirs multiples, mais modérée par le concours des grands, ecclésiastiques et laïques [3], reste toujours la même. Deux traits cependant sont dignes de remarque : le principe de l'hérédité monarchique reprend une place de plus en plus importante, et la notion des lois fondamentales se précise et se développe.

le milieu du XIII[e] siècle, l'origine de la fameuse théorie de la supériorité du concile ou du peuple chrétien sur le Pape. Au XV[e] siècle, la comparaison entre le concile supérieur au Pape et les États généraux supérieurs au roi, sera devenue banale.

(1) « Publicæ ergo utilitatis minister, et æquitatis servus est princeps, et in eo personam publicam gerit, quod omnium injurias et damna, sed et crimina omnia æquitate media punit. » (Jean de Salisbury, *Polycraticus*, lib. IV, cap. 2, col. 515.)

(2) « Ejus namque voluntas in his (negotiis publicis) vim debet habere judicii ; et rectissime quod ei placet in talibus legis habet vigorem, eo quod ab æquitatis mente ejus sententia non discordet (*ibid*). — Les chartes des Capétiens du XI[e] siècle désignent les actes de la puissance législative sous les expressions anciennes de *regale decretum, edictum regalis imperii*, etc. Ces dénominations se retrouvent encore, quoique rarement, dans celles du XII[e] (Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 243-244).

(3) Vincent de Beauvais retrouvait probablement sa propre pensée exprimée dans ce passage qu'il rapporte d'un jurisconsulte de l'école de Bologne, Azon : « Condendæ sunt autem leges ab imperatore, *consilio procerum* sacri palatii, *ac cœtu senatorum honestissimo*, qui erant et dicebantur patres... Delegatur autem lex, primo alicui dictanda, dictata quoque recensetur, idest iterum tractatur, an sit æquum ita censeri ; et si tamen *omnes consentiant*, in sacro palatio recitabitur, ut per principem firmetur ejusque jussu in populos divulgetur. » (*Spec doctrin.*, lib. VII, cap. 35.)

L'hérédité monarchique avait complètement disparu au xe siècle ; Abbon, sous Hugue Capet et Robert, rois élus, considère la royauté comme élective (1). Ce triomphe momentané de l'élection est le terme d'un mouvement, d'un courant d'idées, issu de l'influence ecclésiastique, et dont nous avons déjà signalé l'origine au ixe siècle (2). Le clergé préférait généralement le système électif, et son idéal était d'étendre à la royauté ce qu'il pratiquait pour l'épiscopat ou la dignité d'abbé. Adalbéron, qui prit une si grande part à l'élection de Hugue Capet, vit d'un très mauvais œil celui-ci, dès 987, s'associer son fils Robert (3). Cette préférence subsista longtemps, on pourrait même dire toujours, chez les écrivains ecclésiastiques (4). Mais la réalité devait lui donner tort. Dès la fin du xie siècle, Ive de Chartres combine, dans une formule restée célèbre, l'hérédité avec l'élection et l'investiture ecclésiastique (5).

(1) Cf. *supra*, p. 18 n. 1.

(2) Cf. *supra*, p. 7 avec la note 4.

(3) Viollet, *Histoire des Institutions politiques et administratives de la France* (Paris, 1890-1903, 3 vol. in-8o), t. II, p. 24 n. 1. — Cf. *ibidem*, p. 47 avec la note 3.

(4) Dans la première moitié du xiiie siècle, Vincent de Beauvais semble favorable à l'élection (*Speculum doctrinale*, lib. VII, cap. 15). Quelques années plus tard, Humbert de Romans, après avoir reconnu que l'hérédité est la loi en France, fait valoir les avantages *a priori* de la monarchie élective, sans d'ailleurs dissimuler ses inconvénients et les avantages pratiques de la monarchie héréditaire (*De eruditione religiosorum*, lib. II, cap. 81 et 83, dans *Maxima Bibliotheca Veterum Patrum*, éd. de Lyon, 1677, in-fo, tome XXV, p. 556 et 557). A la même époque, l'influence d'Aristote vient donner un regain de force à cette tradition : saint Thomas d'Aquin enseigne que l'élection est préférable en soi, *per se*, mais que l'hérédité peut l'être par accident, *per accidens* (*In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, lib. III, lectio 14, § q. — Cf. *Summa theol.*, Ia 2ae, quæst. 105, art. 1 ; — *De reg. princip.*, lib. I, cap. 6, au commencement). Presque toute l'École le suivra dans ce sentiment, mais en faisant remarquer, surtout en France, les avantages pratiques de l'hérédité : voir par exemple Gilles de Rome, *De regimine principum*, lib. III, part. II, cap. 5 ; Jean Buridan, *Quæst. super octo libr. Politic. Aristot.*, quæst. 3, etc.

(5) « Jure in regem est consecratus cui jure hæreditario regnum

Quant à ce que nous appelons déjà la notion des lois fondamentales, bien que cette expression soit beaucoup plus récente, n'est-ce pas elle qui ressort de tous les textes (1) où il est question d'un ordre légitime, d'une coutume royale, où se trouve enfin, implicitement ou explicitement formulée, cette idée que le prince est « le ministre de l'utilité publique, l'esclave de l'équité » ? Il s'agit surtout, il est vrai, jusqu'ici, des lois fondamentales *essentielles* ou *générales*, des principes sur lesquels repose la monarchie chrétienne. C'est elles encore que Jean de Salisbury, au XII[e] siècle, a en vue, mais il en expose la théorie avec plus de netteté, et il ébauche déjà celle des lois fondamentales *positives*.

« Le prince, dit-il, est une puissance publique (2), et en quelque sorte l'image de la majesté de Dieu sur la terre. Mais il n'est pas pour cela au-dessus de toute loi. Il est d'abord sujet à la loi divine », celle que Dieu a promulguée dans la sainte Écriture : « n'est-il donc, je le demande, sujet à aucune loi, celui que cette loi oblige? Cette loi divine n'est pas impunément violée ; chacun de ses mots est un tonnerre, si les princes savent l'entendre (3). » — Il est encore sujet à la loi

competebat et quem communis consensus episcoporum et procerum jampridem elegerat » (*Epist.*, 189, dans *Patrol. lat.*, t. 162, col. 193 ; — *Histor. de Fr.*, t. XV, p. 144).

(1) Cf. *supra*, p. 12 n. 2, 13 n. 2, 14 et s., 19 n. 1 et 2, 24 n. 1.

(2) Cette idée que le prince est pour l'État, et non l'État pour le prince, nous l'avons trouvée, dès le IX[e] siècle, à la base de toutes les théories analysées ci-dessus. On ne cesse de la rencontrer partout. Citons encore, au XI[e] siéle, Ive de Chartres : « Non rempublicam gerere criminosum est ; sed ideo gerere rempublicam ut rem familiarem et divitias potius augeas, videtur esse damnabile » (*Panormia*, VIII, 60 ; texte tiré de saint Augustin) ; — « Erit lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriæ, loco temporique conveniens,... nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta » (*Decretum*, IV, 168 ; texte emprunté à Isidore de Séville. Cette définition célèbre de la loi a été reproduite au siècle suivant par Gratien dans son *Decretum*, p. I, dist. 4, c. 2).

(3) « Est ergo, ut eum plerique definiunt, princeps potestas publica, et

naturelle, à ces « préceptes d'une éternelle nécessité, légitimes chez tous les peuples (1) ». « Ce n'est point arracher des mains des puissances légitimes le droit de faire les lois, que de penser qu'on ne peut en aucune manière soumettre à leur caprice les préceptes et les prohibitions de l'éternelle loi de nature (2). » — Ainsi, « quand on dit que le prince est au-dessus des lois, cela ne veut pas dire que tout lui soit permis, mais qu'il doit être celui qui, par amour de la justice et non par crainte du châtiment, procure le bien de l'État, et en toutes choses préfère l'avantage des autres à sa volonté propre. » Comme roi, « il ne lui est permis de vouloir que ce que la loi ou l'équité ordonne, ou ce que demande le bien commun. C'est donc avec raison que sa volonté, en ce qui concerne les affaires publiques, a force de loi, tant qu'elle ne s'éloigne pas de la justice (3). »

Ce n'est pas tout ; pour être roi légitime, le prince doit

in terris quædam divinæ majestatis imago » (*Polycr.*, lib. IV, cap. 1, col. 513). — « At ne ipsum principem usquequaque solutum legibus opineris, audi quam legem imponat principibus Rex magnus super omnem terram terribilis... » (suit un passage du Deutéronome, XVII). « Numquid, quæso, nulla lege arctatur, quem lex ista constringit ? Hæc utique divina est, et impune solvi non potest. Singula verba ejus si sapiant in auribus principum, tonitrua sunt » (*op. cit.*, lib. IV, cap. 4, col. 518-519).

(1) « Sunt autem præcepta quædam, perpetuam habentia necessitatem, apud omnes gentes legitima, et quæ omnino impune solvi non possunt » (*op. cit.*, lib. IV, cap. 7, col. 527).

(2) « Nec tamen dispensationem legis subtraho manibus potestatum, sed perpetuam præceptionem aut prohibitionem habentia, libito eorum nequaquam arbitror supponenda. » (*Op. cit.*, *ibidem.*)

(3) « Princeps legis nexibus dicitur absolutus, non quia ei iniqua liceant, sed quia is esse debet, qui non timore pœnæ, sed amore justitiæ, æquitatem colat, reipublicæ procuret utilitatem, et in omnibus aliorum commoda privatæ præferat voluntati. Sed quis in negotiis publicis loquetur de principis voluntate, cum in eis nil sibi velle liceat nisi quod lex aut æquitas persuadet, aut ratio communis utilitatis inducit. Ejus namque voluntas in his vim debet habere judicii ; et rectissime quod ei placet in talibus legis habet vigorem, eo quod ab æquitatis mente ejus sententia non discordet. » (*Polycraticus*, lib. IV, cap. 2, col. 515).

se soumettre non seulement à la loi divine et à la loi naturelle, mais encore aux lois de son royaume, et par là il faut entendre, en premier lieu, celles qui règlent la dévolution et l'exercice du pouvoir. « La seule différence, dit Jean de Salisbury, qui existe entre le tyran et le prince légitime, est que celui-ci est soumis à la loi, gouverne le peuple conformément à la loi,... et ne revendique la première place, les premières fonctions, et aussi les plus lourds fardeaux de l'État, que *par le bénéfice de la loi.* » Et ailleurs : « Le tyran est celui qui opprime le peuple par domination violente, tandis que le prince légitime est celui qui *gouverne par les lois* (1). »

Dans les premières années du XIIIe siècle, le cistercien Elinand se contente de suivre ou plutôt de résumer Jean de Salisbury, en lui faisant de nombreux emprunts (2). Après lui et comme lui, notamment, il cite et commente un écrit ayant pour titre *De l'Institution de Trajan*, qu'on attribuait à Plutarque (3) : il en tire une notion de l'État, et de la hiérarchie dans l'État, qui resta toujours plus ou moins celle de l'ancien régime. « L'État, selon Plutarque, dit-il, est comme un corps, animé par un don de Dieu, et conduit par la souveraine équité. La religion en est l'âme. Le prince est la tête de ce corps ; il n'est soumis qu'à Dieu seul, et à ceux

(1) « Est ergo tyranni et principis hæc differentia sola, quod hic *legi* obtemperat, et *ejus arbitrio populum regit,*... et in reipublicæ muneribus exercendis, et oneribus subeundis, *legis beneficio* sibi primum vindicat locum. » (*Polycr.*, lib. IV, cap. 1, col. 513). — « Est ergo tyrannus,... qui violenta dominatione populum premit, sicut qui *legibus regit* princeps est. » (*op. cit.*, lib. VIII, cap. 17, col. 777). — *Cf.* Suger : « Dedecet enim regem transgredi legem, cum rex et lex eandem imperandi excipiant majestatem » (Vie de Louis le Gros, XV, p. 59).

(2) V. les fragments rapportés par Vincent de Beauvais, *Speculum historiale*, lib. XXIX, cap. 121-133, *Flores Helinandi*.

(3) Le commentaire de cette *Institutio Trajani* occupe les livres V et VI du *Polycraticus* ; Elinand se contente de quelques courts chapitres.

qui tiennent ici-bas la place de Dieu [1]. Le sénat en est le cœur. Aux yeux, aux oreilles et à la langue correspondent les juges et les gouverneurs de provinces. Les officiers civils et les hommes d'armes en sont les mains. Les pieds, ce sont les laboureurs [2].

III

Saint Thomas d'Aquin ; la théorie scolastique de la souveraineté, son influence sur la théorie des lois fondamentales.

On voit, d'après ce qui précède, qu'une théorie assez complète des lois fondamentales était déjà construite avant le milieu du XIIIe siècle, époque où saint Thomas d'Aquin vint ouvrir l'âge d'or de la scolastique : que la doctrine, proche des faits, toute pratique, des théoriciens que nous venons d'analyser, se suivant et s'enchaînant pendant quatre siècles, et pour ainsi dire quatre siècles de croissance de la monarchie française, ait exercé sur elle, sur sa formation et sa destinée, une influence peut-être aussi grande que les événements historiques les plus importants, c'est un point qui ne peut guère être contesté. Ajoutons que ceux qui enseignaient ainsi les rois et créaient par leur doctrine cet état d'opinion sans lequel, en aucun temps, un gouvernement ne peut vivre, jouèrent aussi pour la plupart, comme hommes d'État, un rôle de premier plan dans les affaires de leur époque : il suffit de nommer Hincmar, Abbon, Ive de Chartres, Suger, pour ne citer que les plus illustres.

Les grands docteurs de la période que nous abordons, Albert le Grand, saint Thomas et ceux qui les ont suivis,

(1) « Princeps caput est hujus corporis, uni subjectus Deo, et his qui vices Dei agunt in terris. »

(2) *Speculum historiale*, lib. XXIX, cap. 126.

impriment à l'enseignement catholique une direction nouvelle, et leur influence, on pourrait presque dire leur suprématie, est incontestée dans l'École. Les *légistes* eux-mêmes, qui commencent à tenir la première place dans le conseil des princes, et que nous allons voir, à partir du quatorzième siècle, construire la théorie des lois fondamentales *positives*, reçoivent l'enseignement de l'École : leur esprit et leurs théories en portent l'empreinte fortement marquée.

On se rappelle ce qui a été dit à propos de Jean de Salisbury et de Guillaume d'Auvergne. Ceux-ci furent des précurseurs; Albert le Grand et saint Thomas d'Aquin introduisent définitivement dans la science politique les doctrines aristotéliciennes, et par là transforment sur bien des points les idées communément admises jusqu'alors. Ils vulgarisent la *Politique* d'Aristote, ils la commentent en la suivant pas à pas ; en dehors même de ses *Expositiones* sur Aristote, dans sa *Somme théologique* ou son *De regimine principum*, saint Thomas s'en souvient et s'en inspire encore; les disciples de ces deux grands génies du moyen âge les suivront avec enthousiasme dans cette voie. Mais avec cette nouvelle orientation la doctrine politique de l'École, à partir du XIII[e] siècle, se sépare nettement de la tradition reçue auparavant sur deux points qui nous intéressent ici : la notion de souveraineté par rapport au peuple, et la notion même des lois fondamentales.

Cette double transformation dérive de ce principe déjà entrevu par Jean de Salisbury et par Guillaume d'Auvergne, posé nettement par saint Thomas, que « c'est à la multitude qu'il appartient de tout régler en vue du bien commun (1) »;

(1) *Summ. théol.*, I[a] 2[ae]), quæst. 90, art. 3 : « Ordinare aliquid in bonum commune, est, vel totius multitudinis, vel alicujus gerentis vicem totius multitudinis, et ideo condere legem vel pertinet ad totam multitudinem, vel pertinet ad personam publicam, quæ totius multitudinis curam habet : quia et in omnibus aliis ordinare in finem est ejus, cujus est proprius ille finis. » — Cf. *ibidem*, quæst. 97, art. 3, *ad tertium*.

c'est à elle de faire la loi, c'est à elle de choisir les magistrats ; en un mot elle est souveraine, les magistrats n'agissent qu'en son nom, et le prince ne fait que tenir sa place (*vicem illius gerit*) (1). Que devient alors l'origine divine du pouvoir ? Jusque-là, on avait pensé que « la manière dont Dieu donne le pouvoir est telle que souvent l'homme coopère à son obtention », comme dit encore saint Bonaventure (2), au temps même de saint Thomas : coopération, mais non transfert ou délégation par le peuple d'un droit lui appartenant en propre. Maintenant, puisque c'est au peuple qu'est attribuée pleinement la souveraineté, puisque de droit naturel, c'est la « multitude » elle-même qui est la seule souveraine, et que le pouvoir du prince n'est qu'une émanation de cette souveraineté primitive, c'est à cette multitude, dit-on, que Dieu donne la souveraineté : le pouvoir du prince est donc toujours d'origine divine, mais à deux degrés, *médiatement*. Saint Thomas ne formule pas explicitement cette dernière proposition ; mais toute son argumentation la suppose, et après lui ses disciples l'ont entendue ainsi (3). Il est juste d'ajouter que dans sa pensée et dans celle de plusieurs des théologiens ou canonistes qui l'ont suivi, cette souveraineté nationale n'est qu'une construction juridique, un « signe algébrique » (4), pour expliquer l'intervention du peuple

(1) J'emprunte cette paraphrase à Feugueray, *Essai sur les doctrines politiques de saint Thomas d'Aquin* (Paris, 1857, in-8°), p. 89.

(2) « Deus sic dat potestatem, quod frequenter homo cooperatur in illius potestatis adeptione. » (*Commentaires sur les quatre livres des Sentences de Pierre Lombard*, lib. II, dist. 44, art. 2, quæst. 1, § 6.)

(3) Voir notamment : saint Antonin, Sanders, Cajétan, Dominique Soto, Bannès, Barthélemy de Médina, Barthélemy de Ledesma, Navarre, Covarruvias, Salmeron, Bellarmin, Suarez, etc., dans Féret, *Le pouvoir civil devant l'enseignement catholique*, p. 30, 45, 46, 50, 53, 55, 56, 57, 61, 74, 80, etc.

(4) L'expression est de M. Melchior du Lac : *L'Église et l'État* (Paris, 1850, 2 vol. in-12), t. Ier, p. 27. — Cf. Zigliara, *Summa philosophica* (Lyon, 1878, 3 vol. in-12), t. III, part. II, lib. II, *de jure sociali*, cap. 2, art. 3, § 6 à 9, et particulièrement le § 9.

dans l'acquisition de la souveraineté : quelques-uns même, comme Bellarmin, iront jusqu'à dire franchement que la nation *doit, de droit naturel,* reconnaître un souverain, quel qu'il soit, pour se dessaisir entre ses mains de cette souveneté qu'elle *doit* ne pas retenir par devers elle (1) : avec cette notion d'une souveraineté qui n'est plus que le devoir de faire un souverain, ceux-ci sont peu éloignés de la théorie du droit divin proprement dit, qui, écartant tout à fait l'idée d'une souveraineté qui appartienne réellement à la nation, lui reconnaît seulement le droit, inaliénable d'ailleurs, d'élire, *quand ce droit s'ouvre pour elle,* celui ou ceux que Dieu revêt lui-même de son autorité : « la souveraineté n'étant pas, ainsi que le dira plus tard Bossuet, une chose comme subsistante qu'il faille avoir pour la donner (2) ». Mais quelle que soit la portée attachée par les uns ou par les autres (3) à cette thèse de la souveraineté nationale, celle-ci n'en est pas moins entrée dans le commun enseignement de l'École : on va voir quelle répercussion elle a eue sur la théorie des lois fondamentales.

Jusqu'alors, le droit public n'avait été fondé que, d'une part, sur le droit divin, d'autre part sur la coutume ; ses lois avaient été considérées, ou comme des lois intangibles placées au-dessus des volontés humaines, ou comme des coutumes et des traditions analogues à celles du droit privé. Ces dernières, celles qu'on peut appeler les règles du droit public

(1) Tertio nota, hanc potestatem transferri a multitudine in unum vel plures *eodem jure naturæ* : nam respublica non potest per se ipsam exercere hanc potestatem, ergo *tenetur* eam transferre in aliquem unum, vel aliquos paucos. » (Bellarmin, *De controversiis christianæ fidei...*, Cologne, 1615, in-f°, t. II, seconde controverse, lib. III, *De laïcis*, cap. 6).

(2) *Cinquième avertissement aux Protestants*, § 49.

(3) Il n'en est guère qui ne consacrent un paragraphe ou un chapitre à mettre en lumière les avantages de la monarchie et les inconvénients de la démocratie ; leur théorie de la souveraineté aboutit pourtant directement à la démocratie.

positif, étaient d'ailleurs très peu nombreuses, dans cette monarchie aux pouvoirs presque universels et assez vaguement définis. Presque tout le droit public consistait en ces lois générales de la monarchie chrétienne que nous avons appelées fondamentales essentielles : le pouvoir judiciaire ou plutôt *justicier*, et le pouvoir législatif du prince, le gouvernement tempéré par une grande assemblée de conseil, l'obligation générale de respecter les lois, la qualité de catholique requise chez le prince, la forme monarchique de l'État elle-même, rentraient alors dans cette catégorie. Que restait-il dans le domaine du droit positif, du droit purement humain, qui peut varier selon les temps, et qui était alors essentiellement coutumier ? Il restait, d'abord, la loi de succession à la couronne (1), qui, héréditaire et soumise au partage, à l'origine, finit par demeurer héréditaire et indivisible à la fois, après avoir passé par le régime électif (2) ; coutumière encore était l'exclusion des filles ; coutumiers enfin les usages concernant la participation du haut clergé et des seigneurs au pouvoir royal dans le *plaid* carolingien ou la *cour* capétienne.

La théorie nouvelle sur l'établissement de la souveraineté devait modifier profondément cette conception du droit public. Si, en effet, c'est la nation, dépositaire primitive de la souveraineté, qui a organisé librement son gouvernement, elle l'a

(1) « Ea *consuetudo* apud eos obtinebat ut... rex hæreditatis jure principatum assequeretur » (Théophane, *Chronographia*, dans *Histor. de Fr.*, t. V, p. 187). — « *Morem* Francorum gentis asserit (archiepiscopus Fulco) secutos se fuisse, quorum *mos* semper fuerit ut, rege decedente, alium de regis stirpe... eligerent... Adnectit etiam quod in omnibus pene gentibus notum fuerit, gentem Francorum reges ex successione habere *consuevisse*, proferens super hoc testimonium B. Gregorii papæ » (Flodoard, *Histoire de l'Église de Reims*, IV, 5, dans *Histor. de Fr.*, t. VIII, p. 158-159). — « Et quia reges Francorum semper ex uno genere procedebant, maluimus *pristinum morem* servare, quam nova institutione insidere » (Lettre de l'archevêque Hatton au Pape Jean IX, l'an 900, dans *Histor. de Fr.*, t. IX, p. 296). — Ajouter le texte cité *supra*, p. 16, n. 1.

(2) Sur ces variations, voyez ci-dessous, chap. V, § IV.

établi sous telle forme, et lui a transféré le pouvoir sous telles conditions qui lui ont plu (1). Ainsi la forme du gouvernement, monarchique, aristocratique ou démocratique, et la loi de succession au pouvoir, élective ou héréditaire ; les conditions d'exercice de ce pouvoir, absolu ou soumis à un contrôle ; les cas dans lesquels le ou les détenteurs de ce pouvoir pourront en être privés : tout cela a dû être réglé par la nation elle-même. Les lois fondamentales essentielles voient leur domaine restreint de beaucoup : elles n'ont plus pour objet que certaines règles de droit naturel, très générales, et applicables à tous les gouvernements, chrétiens ou non, monarchiques ou non : par exemple, que le gouvernement doit agir pour le plus grand bien de la nation, qu'il doit respecter les droits des particuliers, d'une manière générale, qu'il doit se conformer à la loi naturelle ; il faut y joindre le principe même de la souveraineté nationale. Tout le reste dépend de la volonté nationale, et la coutume elle-même, qui est dans la réalité la résultante complexe de tant d'influences, de tant de faits, n'est considérée que comme l'expression

(1) Saint Thomas d'Aquin (*supra*, p. 30, n. 1) : «... Ordinare in finem est ejus, cujus est proprius ille finis ». — Et ailleurs : « Sic disponenda est regni gubernatio, ut regi jam instituto tyrannidis subtrahatur occasio. Simul etiam sic ejus temperetur potestas, ut... » etc. (*De regimine principum*, lib. I, cap. 6). Il faut cependant remarquer que dans ce passage saint Thomas ne considère pas ce pouvoir d'organiser librement comme appartenant de droit à la multitude : « laborandum est diligenti studio ut sic multitudini provideatur de rege, ut... » etc. *(ibid.)*; et encore : « si vero ad jus superioris pertineat multitudini providere de rege... » etc. *(ibid.)*. — Cf., au commencement du XIVe siècle, Marsile de Padoue : « Potestatem factivam institutionis principatus seu électionis ipsius ad legislationem seu civium universitatem, quemadmodum ad eandem legislationem diximus pertinere, principatus quoque correptionem, quamlibet etiam depositionem, si expediens fuerit propter commune conferens eidem similiter convenire. Nam hoc est unum de majoribus in politia, quæ ad multitudinem civium universam ex dictis Aristot., III Pol., cap. 6, pertinere conclusimus. » (*Defensor pacis*, part. I, cap. 15, dans Goldast, *Monarchia s. romani imperii*, Francfort, 1621, in-f°, t. III, p. 175.)

de cette volonté, qui reste toujours libre de modifier ou même de bouleverser, s'il lui plaît, l'organisme politique.

Tel est l'aboutissement logique où on sera conduit par la doctrine de la souverainté appartenant à la nation ; c'est seulement au XVIe et surtout au XVIIIe siècle que le système sera développé par les publicistes avec toutes ses conséquences ; mais dès le moyen âge ce nouveau courant mine la vieille conception qui basait tout l'édifice politique sur le droit divin et sur la coutume : chez les légistes, les deux tendances se rencontrent et se contrarient.

IV

La notion des lois fondamentales chez les légistes du XIIIe siècle, Beaumanoir, (Bracton en Angleterre), etc., et chez leurs contemporains.

« Le roi a pour supérieur Dieu d'abord, et ensuite la loi qui l'a fait roi. » Ainsi parle, vers 1250, le jurisconsulte anglais Bracton (1). A la même époque, en France, le *Livre de Jostice et de Plet* tient à peu près le même langage : « Li princes n'est pas sus la loi, mès la loi est sus le prince ; quar il li donèrent tiel privilige comme il avoient (2). » On remarquera que ce second texte semble rattacher la « supériorité » de la loi à ceci, qu'à l'origine c'est le peuple qui, par elle, aurait donné la souveraineté au prince ; l'auteur s'inspirerait alors de la *lex regia* du droit romain ; le sens,

(1) « Rex habet superiorem Deum scilicet ; item legem per quam factus est rex. » (Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliæ*, lib. II, cap. 16, § 3 ; t. Ier, p. 268, édition Travers Twiss, Londres, 1878, in-8o). — Et ailleurs encore : « Et merito debet (rex) retribuere legi, quia lex tribuit ei ; facit enim lex quod ipse fit rex » (*op. cit.*, lib. III, cap. 9, § 3 ; t. II, p. 174).

(2) Liv. I, 2, § 3, p. 6 (éd. Rapetti, Paris, 1850, in-4o).

d'ailleurs, est douteux (1). Ce qui, en tous cas, est nouveau ici, c'est la raison qu'on donne de l'obligation où se trouve le prince de respecter les lois fondamentales : il ne peut pas les changer et il ne doit pas les violer, non seulement parce que la justice l'y oblige, mais encore et plus précisément parce que c'est à elles qu'il doit son pouvoir : leur porter atteinte serait, de sa part, attenter à sa propre souveraineté. On croit déjà entendre Bodin dans un passage célèbre, que nous rencontrerons dans la suite. Ce qui est nouveau encore, c'est la tendance à attribuer une immutabilité particulière à la loi de dévolution du pouvoir, c'est-à-dire à la loi de succession à la couronne. Si en effet les textes qu'on vient de citer comprennent, on n'en peut douter, sous le nom de *loi*, non seulement celle qui donne la couronne, mais aussi celles qui règlent l'usage de ce pouvoir, qui conditionnent la première et n'en peuvent être séparées (2), il n'en est pas moins vrai que la loi qui appelle au trône, qui fait le roi, apparaît ici comme la principale, autour de laquelle les autres sont groupées. Ce n'est, si l'on veut, qu'une tendance assez vague encore, mais elle s'accentuera dans la suite sous diverses influences.

Ces remarques faites, on peut dire que dans l'ensemble les juristes, les théoriciens du XIIIe siècle et même du début



(1) Sous le pronom *il*, sujet pluriel, faut-il entendre *les lois*, ou bien *le peuple*, sujet collectif? — Cf. *op. cit.*, liv. I, 3, § 1, p. 9 : « Ce que plest au prince vaut loi, ausint com se toz li peuples donoit tout son poer et son commandement à la loi que li rois envoie. Donques quand l'empereor establit par letres ou par escriz... » etc.

(2) Voici par exemple ce que dit Bracton : « Temperet igitur (rex) potentiam suam per legem, quæ frenum est potentiæ... » ; et, citant les lois romaines, il ajoute : « Digna vox majestate regnantis est, legibus scilicet alligatum se principem profiteri. Item nihil tam proprium est imperii, quam legibus vivere, et majus imperio est legibus submittere principatum, et merito debet retribuere legi, quia lex tribuit ei ; facit enim lex quod ipse fit rex ». (*Op. cit.*, lib. III, cap. 9, § 3 ; t. II, p. 174). Cf. les lois 4 et 8 au *Code*, lib. I, tit. XIV, *De legibus*.

du xive, ne conçoivent pas les règles du droit public d'une manière bien différente de celle que nous avons rencontrée chez leurs devanciers des siècles précédents : ils les considèrent comme des coutumes, et voient leur garantie dans l'autorité de la tradition et dans l'obligation religieuse de justice qui pèse sur le prince. Quand Beaumanoir, par exemple, parle de ce que « puet et doit fere » le souverain (1); quand il écrit que le roi « a de son droit la general garde de tout son roiaume, par quoi il puet fere tous establissemens comme il li plest pour le commun pourfit (2) » ; mais que, quoique le roi ait pouvoir de « fere nouveaus establissemens, il doit mout prendre garde qu'il les face par resnable cause et pour le commun pourfit et par grand conseil, et especiaument qu'il ne soient pas fet contre Dieu ne contre bonnes mœurs (3) », il ne pense évidemment pas formuler des règles que le souverain puisse violer selon son caprice : cela est ainsi parce que telle est la coutume ou le précepte de la justice, le souverain *doit* se conformer à la coutume et à la justice, et la sanction de cette obligation est le jugement de Dieu (4). Philippe V lui-même exprime très bien cette pensée

(1) *Coutumes de Beauvaisis* (éd. Salmon, Paris, 1899-1900, 2 vol. in-8°), ch. 34, n° 1043, t. II, p. 23. Beaumanoir a soin de faire remarquer que sous ce nom de *souverain* il désigne non seulement le roi, mais encore « ceus qui tienent en baronie, car chascuns barons est souverains en sa baronie » : ceci n'infirme en rien ce qui est dit au texte en ce qui concerne le pouvoir royal. Le roi est d'ailleurs « souverains par dessus tous ».

(2) *Ibid.*, p. 24.

(3) *Ibid.*, ch. 49, n° 1515 ; t. II, p. 264.

(4) Rapprocher ce remarquable passage de Bracton : « Ad hoc autem creatus est (rex) et electus, ut justitiam faciat universis, et ut in eo Dominus sedeat, et per ipsum sua judicia discernat... Separare autem debet rex (cum sit Dei vicarius in terra) jus ab injuria, æquum ab iniquo... (etc.). Potentia vero omnes sibi subditos debet præcellere. Parem autem habere non debet, nec multo fortius superiorem, maxime in justitia exhibenda... Licet in justitia recipienda minimo de regno suo comparetur, et licet omnes potentia præcellat, tamen (cum cor regis in manu Dei esse debeat) ne sit infrænata, frænum apponat temperantiæ et lora moderantiæ,

dans une ordonnance de 1318 : « Quant, dit-il, nous reçûmes de Dieu le gouvernement de nos diz royaumes, le greigneur désir que nous eussiens, et ayons encor, fust et est de justice et de droiture garder et maintenir, sus lesquelles les diz royaumes sont establi et fondé, especiaument celi de France soit tenus et gouvernez aus bons uz et coustumes, et en la fourme et en la manière que il estoit ou temps le Roy Monsieur Saint-Loys (1). »

Le gouvernement *par très grand conseil* (2), le pouvoir justicier et législatif du prince, le respect qu'il doit aux coutumes, aux privilèges et libertés des provinces ou des communautés d'habitants, telles sont toujours, pour les légistes laïques aussi bien que pour les écrivains ecclésiastiques, les bases essentielles du droit public.

Le roi est le grand justicier; « il est juge, d'une manière absolue et générale, sans contestation, détermination, ni restriction », dit un texte de la fin du XIIIe siècle (3). Et on sait

ne cum infrænata sit, trahatur ad injuriam. Nihil enim aliud potest rex in terris, cum sit Dei minister et vicarius, nisi id solum quod de jure potest, nec obstat quod dicitur, quod principi placet, legis habet vigorem, quia sequitur in fine legis, cum lege regia, quæ de imperio ejus lata est, id est, non quicquid de voluntate ejus temere præsumptum est, sed animo condendi jura, sed quod consilio magistratuum suorum, rege authoritatem præstante, et habita super hoc deliberatione et tractatu, recte fuerit definitum. Potestas itaque juris est, et non injuriæ, et cum ipse sit author juris, non debet inde injuriarum nasci occasio, unde jura nascuntur... Exercere igitur debet rex potestatem juris, sicut Dei vicarius et minister in terra, quia illa potestas solius Dei est... Temperet igitur potentiam suam per legem... etc. » (*loc. cit.*).

(1) *Ordonnances des rois de France*, t. I (Paris, 1723, in-f°), p. 665.

(2) Expression empruntée à Beaumanoir : « Quant li establissemens est generaus, il doit courre par tout le roiaume, et nous devons croire que tel establissement sont fet *par tres grant conseil* et pour le commun pourfit » (*op. cit.*, ch. 48, n° 1499 ; t. II, p. 257).

(3) « Rex est judex simpliciter, et generaliter, sine contestatione, et determinatione, et restrictione » (*Liber practicus de consuetudine Remensi*, 73, dans Varin, *Archives législatives de Reims*, 1re partie, *Coutumes*, p. 85 ; Paris, 1840, in-4°). — « ... Lequel (serment) se iceux baillis le passent, *nous*

qu'en effet saint Louis jugeait souvent en personne et prononçait parfois, en vertu de son pouvoir souverain, indépendamment de toute ordonnance ou coutume, des condamnations purement arbitraires, ce qui ne veut pas dire qu'elles fussent injustes (1).

Ce que veut le prince a force de loi, disent en termes presque identiques (empruntés au droit romain), Pierre de Fontaines, Beaumanoir, le *Livre de Jostice et de Plet* (2), — et on sait en quel sens il faut prendre cette formule : elle signifie simplement que le roi a le pouvoir législatif. — « C'est au roi, loi vivante, qu'il appartient de faire les lois », dit de son côté un religieux augustin qui fut le précepteur de Philippe le Bel, Gilles de Rome (3). Et en s'exprimant ainsi, les uns comme les autres ne font que suivre une tradition vieille de plusieurs siècles ; le pouvoir qu'ils attribuent au

réservons à l'arbitrage de nostre volenté, ou de ceux que nous à ce députerons, telle peine en leurs biens, ou es personnes se la chose le requiert, comme devra estre jugiée en tel cas » (*Ordon.* de saint Louis, décembre 1254 ; *Ord.*, I, p. 68). Cf. Bracton : « Videndum erit de iis quæ pertinent ad regnum, quis primo et principaliter possit et debeat judicare. Et sciendum quod ipse rex et non alius, si solus ad hoc sufficere possit, cum ad hoc per virtutem sacramenti teneatur astrictus » (*op. cit.*, lib. III, cap. 9, § 1 ; t. II, p. 170).

(1) Voir Natalis de Wailly, *Éclaircissement sur le pouvoir royal*, à la suite de l'*Histoire de Saint-Louis* de Joinville (Paris, 1874, in-8°), p. 455-457. — Cf. les autres exemples donnés par Viollet, *Hist. Inst. pol.*, t. II, p. 211.

(2) Pierre de Fontaines, *Conseil*, éd. Marnier (Paris, 1846, in-8°), p. 477 ; — Beaumanoir, ch. 35, n° 1103 *in fine*; — *Jostice et Plet*, liv. I, 3, § 1, *supra*, p. 36 n. 1. — Cf. l'ordonn. de 1254, art. 39 : « Toutes les choses devant dites... nous voulons que soient destroitement gardées,... retenue à nous la plenité de la royal puissance de y déclarer, muer, ou corriger, adjouster, ou amenuiser. » (*Ord.*, I, p. 75).

(3) *De regimine principum* (Rome, 1482, petit in-f° goth.), lib. I, part. II, cap. 12 : « Rex, cujus est leges ferre, debet esse quædam regula in agendis. Est enim rex sive princeps quædam lex... Princeps vero est quædam animata lex. » Cf. les *Enseignements* de saint Louis à son fils : « Maintien les bones coustumes de ton royaume, et les mauvaises abaisse. » (Joinville, *Histoire de saint-Louis*, ch. 145, § 743 ; éd. N. de Wailly).

roi est ce pouvoir singulièrement limité auquel échappe en principe tout le droit coutumier.

« Tel establissement sont fet par tres grant conseil », dit Beaumanoir [1]; et Gilles de Rome, se plaçant dans le domaine plus large des principes essentiels de toute monarchie chrétienne, écrit de même : « Le roi doit s'associer beaucoup de conseillers sages et vertueux, qui seront comme ses yeux, ses mains, et ses pieds [2]... C'est le rôle des conseillers de suggérer aux princes de bonnes lois [3]. » Quelques années auparavant, au temps de saint Louis, Humbert de Romans disait aussi : « Les grands rois ont coutume de tenir chaque année à certaines époques, des parlements où s'assemblent un grand nombre de conseillers, de barons et de prélats » ; et ces parlements ont lieu principalement « pour expédier avec un plus mûr examen les affaires importantes » et « pour faire les ordonnances nécessaires au royaume [4] ».

Législateur, le prince n'en est pas moins tenu, en principe, de se conformer aux lois existantes, tant qu'elles sont en vigueur. S'il ne peut y être contraint par aucun pouvoir humain, la *justice* l'oblige du moins à le faire. Canonistes et légistes sont d'accord sur ce point [5].

(1) Chap. 48, nº 1499 ; *supra*, p. 38 n. 2 ; cf. p. 37.

(2) *Op. cit.*, lib. III. part. 2, cap. 4.

(3) « Bene quidem invenire leges per sapientiam spectat ad consilium : decet enim principes adeo sapientes consiliarios habere ut debite invenire possint quæ populus observare debet. » (*Op. cit.*, lib. III, part. 2, cap. 1).

(4) « ... Ut ibidem ordinetur de regno, quod fuit ordinandum » (*De eruditione religiosorum*, lib. II, cap. 86, dans *Max. biblioth. veter patr.*, t. XXV, p. 559).

(5) Saint Thomas d'Aquin, *Summ. théol.*, Iª 2ªᵉ, q. 96, art. 5, *ad tertium* : « Princeps dicitur esse solutus a lege quantum ad vim coactivam legis : nullus enim proprie cogitur a se ipso; lex autem non habet vim coactivam nisi ex principis potestate. Sic igitur princeps dicitur esse solutus a lege, quia nullus in ipso potest judicium condemnationis ferre, si contra legem agat... Sed quantum ad vim directivam legis, princeps subditur legi propria voluntate... Sapientis dicit authoritas : patere legem, quam ipse

Quant aux franchises et libertés locales, dont le respect et le maintien étaient certainement alors une loi pour le prince, on connaît sur ce point les enseignements de saint Louis à son fils : « Meismement les bones villes et les communes de ton royaume garde en l'estat et en la franchise où ti devancier les ont gardées (1). » Gilles de Rome écrit de son côté : « Le roi doit inviolablement garder et observer *les droits du royaume* (2) » : formule très générale sous laquelle on peut comprendre, non seulement les libertés des communes ou les droits de la noblesse (3), mais encore l'ensemble des coutumes du droit public (4).

tuleris. Improperatur etiam his a Domino, qui dicunt et non faciunt.... Unde quantum ad Dei judicium, princeps non est solutus a lege quantum ad vim directivam ejus ; sed debet voluntarius, non coactus legem implere. Est enim princeps supra legem, in quantum si expediens fuerit, potest legem mutare, et in ea dispensare pro loco et tempore. » — *Decretum Gratiani*, p. Iª, dist. 9, c. 2 : « Justum est principem legibus obtemperare suis... », etc. — Balde, sur la loi 4, au Code, *De legibus* : « Princeps debet vivere secundum leges, quia ex lege ejusdem pendet authoritas... Istud verbum, *debet*, intelligitur de debito honestatis, quæ summa debet esse in principe, sed non intelligitur præcise, quia suprema et absoluta potestas principis non est sub lege : unde lex ista habet respectum ad potestatem ordinariam, non ad potestatem absolutam... Nemo suo statuto ligatur necessitative. » (*In I, II et III Codicis libros Commentaria*, Venise, 1615, in-fº, fº 64 vº).

(1) Joinville, *loc. cit.*, § 749.

(2) « Jura regni debet maxime custodire et observare. » (*De regimine principum* lib. III, part. 2, cap. 9).

(3) Faut-il y comprendre le droit d'accorder librement les impôts nouveaux, les *aides*, qui fait son apparition à cette époque ? — En ce qui concerne les *tailles*, saint Louis estimait encore, vingt ou vingt-cinq ans avant, que l'impôt ne dépend que de la *juste* volonté du prince : « Ne convoite pas sus ton peuple, ne ne le charge pas de toute ne de taille, se ce n'est pour ta grant nécessité », dit-il dans ses *Enseignements* à son fils (Joinville, ch. 145, § 743).

(4) Rapprocher cet autre passage de Gilles de Rome : « Imo magnam efficaciam habent ex diuturnitate et assuefactione (leges). Decet ergo reges et principes *observare bonas consuetudines principatus et regni* et non innovare patrias leges : nisi fuerint rectæ rationi contrariæ. » (*De reg. princip.*, lib. III, part. 2, cap. 31 *in fine*).

V

La loi de succession à la couronne au XIVe siècle.

Les événements qui suivirent la mort de Louis X fixèrent, on le sait, définitivement la loi de succession à la couronne dans le sens de l'exclusion des filles et des descendants par les filles, au profit des héritiers mâles. Il serait intéressant de savoir quelle idée on se fit alors de cette loi de succession. Il semble bien, tout d'abord, que la *loi salique* ne fut invoquée que longtemps après l'avènement de Philippe V, probablement pour la première fois vers 1358, sous le roi Jean (1). Mais sur le moment, au cours des négociations engagées par Philippe avec le duc de Bourgogne pour exclure la fille de Louis X, puis dans l'assemblée de 1317, quels arguments invoqua-t-on ? Pensa-t-on créer une loi nouvelle, portant exclusion des filles ? Il semble bien, au contraire, qu'on n'ait pas eu la pensée d'innover, mais de déterminer (non sans parti pris, d'ailleurs), le sens de la *coutume*, sur lequel on hésitait. L'idée que la loi de succession au trône, si elle est muette ou incertaine, doit être complétée ou modifiée par la nation elle-même, à qui en appartiendrait le pouvoir, cette idée n'apparaît chez aucun des contemporains ; elle ne sera invoquée que plus tard, — et nous verrons dans quelles circonstances. Pourtant une telle consultation nationale aurait été conforme à la doctrine dès lors enseignée par

(1) V. le texte de Richard le Scot cité par P. Viollet, *Comment les femmes ont été exclues, en France, de la succession à la couronne,* dans les *Mémoires de l'Académie des Inscriptions,* t. 34, partie II, p. 126, n. 2. — Les autres textes ou documents cités dans ce paragraphe et pour lesquels il n'y a pas de référence particulière, sont empruntés à ce mémoire ou à l'*Histoire des institutions politiques...*, du même auteur, t. II, p. 59 et s.

l'École : cette doctrine n'était pas encore sortie du domaine purement spéculatif de la scolastique.

Le frère de Louis X et le duc de Bourgogne, dans leur traité de juillet 1316, réservent expressément « le droit des filles, en tant comme à elles puet appartenir » : réserve de pure forme, sans doute, mais qui peut nous intéresser ici. A quelle règle, en effet, à quelle loi se réfèrent les contractants ? à la coutume, évidemment ; à la coutume douteuse et qu'on tournera dans le sens des intérêts de Philippe V. L'assemblée, — peu nombreuse d'ailleurs, — convoquée en février 1317 par celui-ci pour faire ratifier sa prise de possession du trône, « déclara que les femmes ne succèdent pas à la couronne de France » : qu'est-ce donc que cette déclaration, sinon une interprétation de la coutume? Un chroniqueur, Jean de Saint-Victor, rapporte que les avocats de Philippe répondaient à ceux qui contestaient ses droits : « les femmes *ne doivent pas* succéder au trône de France »; — « ce qui ne pouvait cependant pas être prouvé à l'évidence », ajoute le chroniqueur : que signifie cette expression « ne doivent pas », à quelle règle se réfère-t-elle, sinon à une règle coutumière sur l'interprétation de laquelle on n'est pas d'accord ? C'est bien ainsi, d'ailleurs, que l'entendent les défenseurs de la fille de Louis X ; dans leur protestation du 10 avril 1317, ils invoquent pour elle « les coutumes et usages gardés en royaumes, empires, pairies, principautés et baronies ». Ainsi la loi de succession au trône est considérée par tous comme coutumière. Philippe V, puis son frère Charles IV moururent ne laissant à leur tour que des filles : il ne semble pas que la question de leur succession à la couronne se soit même posée. La coutume était définitivement fixée.

En 1337 ou 1338, quand l'ambassadeur du roi d'Angleterre vient sommer Philippe VI de renoncer à la couronne de France, celui-ci invoque, pour rejeter une telle prétention, « les lois anciennes » qui en excluent les femmes et par

conséquent les descendants par les femmes. Mais l'ambassadeur anglais est un évêque, et en bon disciple des docteurs scolastiques, il objecte que « le peuple a fait en cela une ordonnance mauvaise » : on peut donc la réformer, d'autant que tous ceux qui y ont pris part sont morts. C'est peut-être la première fois que cette idée de l'« ordonnance du peuple » intervient dans la politique. Le roi de France, d'ailleurs, n'est pas embarrassé pour lui répondre que des vieilles coutumes, d'antiques usages règlent dans chaque nation la succession au trône, souvent d'une tout autre manière que les successions du droit commun, et que ces lois d'État doivent être inviolablement gardées : ainsi l'Empire est électif, et l'empereur d'Allemagne laissât-il dix fils, aucun d'eux n'est empereur.

La thèse attribuée à Philippe VI par le chroniqueur est intéressante à un double titre : elle base sur la coutume la loi de succession au trône [1], — d'accord en cela avec l'opinion générale des contemporains, — et elle la place nettement en dehors du droit commun. Quant à celle de l'ambassadeur anglais, elle est extrêmement faible, et ne trouve aucun appui dans la réalité. Où a-t-il pris cette ordonnance du peuple? Il est bien vrai que Philippe V tint à faire ratifier son avènement par une assemblée « composée de nobles, de prélats, de docteurs de l'Université et de bourgeois de Paris »; il est bien vrai aussi que Charles IV, près de mourir, n'aper-

(1) Vers 1377, Balde écrit que « d'après une *coutume raisonnable* des Français, la fille du roi ne succède pas au trône de France ». — Le chevalier du *Songe du Vergier*, à la même époque, se réfère à la coutume (et non à la loi salique) pour justifier l'exclusion des femmes : « Puisque *selon la coustume* femme ne puisse succéder... » (Liv. I, ch. 142). Le clerc admet le même principe : « la *coustume* qui dit que masle seulement puisse succéder au royaulme... » (chap. 141, *in fine*) ; mais il prétend que cette coutume n'exclut pas les descendants par les femmes. — Je renvoie, pour le *Songe*, à l'édition de Lyon, 1491, in-f°, réimprimée au tome II des *Traités des droits et libertés de l'Église gallicane*, s. l., 1731, 2 vol, in-f°.

cevant pas clairement quel devrait être son successeur si la reine venait à accoucher d'une fille, pensait « s'il avenoit que ce fust une fille, que les douze pers et les aultres barons de France eussent conseil entre eulx et donnassent le royaume à cil qui le debvroit avoir par droit » ; il est bien vrai qu'en effet les pairs et les barons de France furent appelés à trancher la question et reconnurent les droits de Philippe de Valois : mais ceci prouve seulement qu'on admettait que les litiges de ce genre doivent être jugés par une assemblée plus ou moins nombreuse, plus ou moins représentative de la nation, — et ce principe se conserva, nous le verrons, dans le droit public de l'ancienne France. Il s'agit ici d'appliquer le droit, non de le faire ou de le réformer.

VI

Théories du *Songe du Vergier ;* — de Clémengis ; de Gerson.

Ce n'est guère qu'à la fin du XIVe siècle, dans le *Songe du Vergier*, qu'on voit les théories des légistes concernant les lois du droit public, subir l'influence de l'enseignement scolastique (1). Jusqu'alors, nous venons de le voir, on considérait ces lois comme purement coutumières : le chevalier du *Songe*, qui représente l'opinion légiste, fait bien encore la part de la coutume, mais c'est « l'ordonnance du peuple »

(1) On la rencontre, il est vrai, beaucoup plus tôt dans la littérature : on sait de quelle façon le satirique Jean de Meung raconte, au début du même siècle, dans le *Roman de la Rose*, l'élection du premier roi : les hommes, las de l'anarchie primitive,

Un grant vilain entre eus eslurent,
Le plus ossu de quanqu'il furent,
Le plus corsu et le greignor,
Si le firent prince et seignor... etc.

On sent dans tout le passage des réminiscences de la doctrine aris-

qu'il met au premier rang. Sa théorie des lois fondamentales mérite d'être rapportée : « Qui vouldra sçavoir quel povoir ung roy a sur la temporalité, et quand il prend [1], il doit considérer premièrement et enquérir se c'est chose possible comment ce royaulme fut dès le commencement ordonné et institué, et se telle ordonnance ou institucion première peut estre trouvée, elle doit estre gardée ; se elle ne peut estre trouvée ne n'est mémoire comment ce royaulme fut premièrement estably, en ce cas l'on doit garder la coustume qui a esté gardée pour tant de temps qu'il n'est mémoire du contraire : celle coustume doit estre gardée, mais qu'elle soit raisonnable et qu'elle ne soit pas contre la loy divine [2]. » Et pourquoi faut-il recourir à cette institution première ? Parce que, *a priori*, c'est le peuple qui, à l'origine, a librement constitué son gouvernement ; la manière normale dont « ung roy est ordonné et estably », c'est « par la voulenté et ordonnance du peuple, car chascun peuple qui n'est subject au roy ou à empereur peult par le droict des gens eslire et faire ung roy » ; et « ainsi que en la voulenté du peuple est ordonné que les rois viennent par succession ou par élection, aussi est-il à la voulenté du peuple de disposer et ordonner » de quelle manière s'opérera la saisine, la transmission du pouvoir. « Car chascun quant il baille sa chose peut mettre telle loy ou condicion qu'il lui plaist. Aussy un peuple quant il fait de nouvel ung roy sur soy et soubzmet

totélicienne ; et pour qu'on n'en doute pas, l'auteur termine en disant :

De là vint li commencemens
As rois, as princes terriens,
Selonc l'escrit as anciens.

(*Roman de la Rose*, édition Francisque Michel, Paris, 1864, 2 vol. in-12, t. I, vers 10 335 et s., p. 318-320).

(1) C'est-à-dire : à quel moment le nouveau prince est *saisi* de l'autorité souveraine.

(2) *Songe du Vergier*, liv. I, ch. 78.

les personnes et les biens à lui comme souverain, il peut mettre loy ou condicion, mais qu'elle soit raisonnable [1]. »

Telle est la nouvelle théorie des lois fondamentales. Mais que devient alors le principe ancien et si intimement uni à la doctrine traditionnelle, que « li rois ne tient de nului fors de Dieu et de lui », comme disent, au XIII[e] siècle, le rédacteur de la coutume d'Anjou, puis celui des Établissements de saint Louis, exprimant sous une forme nouvelle un principe qui remontait aux origines mêmes de la monarchie française [2] ? Il serait étrange qu'un auteur gallican comme celui du *Songe du Vergier* écartât un argument si favorable, du moins en apparence, à la thèse qu'il soutient. Aussi n'en est-il rien, et le « droit divin » rejeté d'une main est repris de l'autre; seulement ce n'est plus l'ancienne idée d'un pou-

(1) *Ibidem.* — La souveraineté, entre les mains du prince, est inaliénable, et cette inaliénabilité est une loi *fondamentale essentielle* : c'est du moins ce qui ressort du passage suivant, où (pour la première fois peut-être) ce principe est mis nettement en lumière par le chevalier : « Au roy appartient la souveraineté et le dernier ressort en tout son royaulme, et entant qu'il ne pourroit mye celle souveraineté donner, transporter ou aultrement aliener, ne si n'y peut aulcunement renoncer, car celle souveraineté et dernier ressort, si sont si fort et par telle manière conjoincts et annexés à la couronne, qu'ils ne peuvent de luy estre séparés,... et pour ce disent les docteurs en droit canon, Hostiense et Jehan André,... que se aulcun seigneur veult mettre sa terre et ses hommes en la subjection d'aulcun aultre seigneur, ses hommes se peuvent opposer et contredire, car c'est le prouffit des subjects de non changer de seigneur, quant ils l'ont bon et agréable. » (Liv. II, ch. 251). — Cf. le serment de Charles V à son sacre : « Et superioritatem, jura et nobilitates coronæ Franciæ inviolabiliter custodiam ; et illa nec transportabo, nec alienabo. » (Godefroy, *Cérémonial françois*, Paris, 1649, 2 vol. in-f°, t. I, p. 33). On ne retrouve plus cet article du serment après Charles VIII.

(2) *Établissements de saint Louis*, édition Paul Viollet (Paris, 1881-86, 4 vol. in-8°), t. I[er], *Introduction*, p. 283 ; t. II, p. 135, 370, 405 ; t. III, p. 47. « Rien n'indique, dit M. Viollet, que le rédacteur ait songé, en écrivant cette phrase, aux rapports du roi avec la cour de Rome et qu'il ait voulu parler de l'indépendance temporelle du souverain. »

voir reçu de Dieu immédiatement avec la coopération des hommes ; c'est un droit divin miraculeux et légendaire.

L'idée que le roi est le vicaire de Dieu dans l'ordre temporel, que la royauté est un sacerdoce, s'était conservée dans l'opinion commune aussi bien que dans les chartes et les ordonnances ; par contre, l'enseignement scolastique la chassait peu à peu de l'esprit des théoriciens, et ainsi la doctrine abstraite s'était trouvée bientôt en contradiction avec l'opinion vulgaire. La légende arrangea tout : c'en était encore l'âge. A l'investiture directe par Dieu moyennant la désignation du peuple (ou de la loi coutumière), on substitua le choix miraculeux de Dieu lui-même. La souveraineté conférée par la nation, telle est la règle générale, disait-on ; *mais* en France, les rois ont bénéficié d'une faveur insigne du Ciel (1). Ainsi la théorie du *droit divin* subit une déformation ; ou plutôt elle se divise en deux branches bien distinctes : l'une continue simplement l'ancienne tradition ; l'autre, prenant pour objet spécial la royauté française, lui réserve le privilège du droit divin et fonde ce droit d'exception sur un miracle originaire. Cette légende pesera longtemps sur l'esprit de la plupart des légistes français. Au XVIe siècle, un

(1) Écoutons le chevalier du *Songe* : « Quoy que nous dions des aultres roys, il semble que nul ne doibt doubter que le roy de France ne prengne especiale grace du Saint-Esperit par la saincte onction ;... car il est oinct de la saincte ampolle, laquelle fut envoyée par l'ange du ciel. Par quoy il appert que les roys de France ne sont pas ointz seulement par ordonnance humaine : mais sont ointz, consacrez et couronnez par l'ordonnance du Pére, du Filz, et du Sainct-Esperit, laquelle chose nous appert clerement par la tresmerveilleuse maniére de trouver les armes, lesquelles les roys de France portent quant à présent : car ainsi comme aucunes croniques racontent, les roys de France souloient jadiz avant qu'ils fussent convertiz, en leurs armes porter trois crapaux, lesquels furent par miracle en trois fleurs de liz en l'onneur de la saincte Trinité merveilleusement transportez. » (*Songe du Vergier*, liv. I, ch. 80). — Cf. liv. I, ch. 36 : « Qui aussi rappellera en doubte que le très puissant roy de France soit roy ordonné et estably de Dieu ? car se nous considérons premièrement comment Dieu par sa merveilleuse manière envoya au roy de France ses armes... » etc.

prélat distingué, Claude de Seyssel, admet encore la fable des trois fleurs de lys [1]. A la fin, à bout d'arguments, le gallicanisme parlementaire fera du droit divin (tel qu'il l'entend) un postulat indémontrable et un dogme nécessaire. N'aurait-il pas mieux valu s'en tenir à la doctrine ancienne qui, sans faire intervenir le miracle, reconnaît la juste coopération des hommes dans l'acquisition de la souveraineté ? De bons esprits surent le faire. Peu d'années après l'apparition du *Songe du Vergier*, au commencement du xve siècle, Nicolas de Clémengis professe la doctrine traditionnelle [2] ; à côté de la théorie scolastique et de celle du droit divin déformé et faussé, subsista toujours et se perpétua la tradition du vrai droit divin tel que l'avaient entendu les premiers théoriciens de la monarchie française.

J'ai nommé Clémengis, et je citerai aussi le témoignage de son contemporain l'illustre Gerson, bien que ni l'un ni l'autre ne fussent des jurisconsultes : mais ils représentèrent avec éclat l'Université, si célèbre et si influente au xve siècle, et leurs théories politiques méritent autant d'attention que celles des juristes de profession. — Fidèle à la tradition, Clémengis se garde de confondre pouvoir de droit divin et pouvoir arbitraire. « Le devoir du prince, dit-il, est de main-

(1) Claude de Seyssel, *La loy salique*, à la suite de la *Grand'Monarchie de France* (Paris, 1541, in-8°), f° 109 v°.

(2) « Nonne in canonicis catholicisque scripturis reges passim videmus Christos appellari ? quod non tantum de David et Cyro, verum et de Saüle reprobo scriptura confirmat. Duo siquidem sunt dignitatum genera quibus Christus rex noster et legifer noster sui nominis dignitatem propter chrismatis unctionem conferre dignatus est, reges videlicet et sacerdotes, qui... rex simul et sacerdos fuit... Inde est quod hi duo ordines sua sibi mutuo nomina in scriptura communicant, ut et regnum sacerdotale appelletur et regale sacerdotium... Ideo autem regnum sacerdotale esse debere Dominus adstruit, quia propter sacram chrismatis unctionem reges in christiana religione ad similitudinem sacerdotum sancti esse debent, Christoque consecrati... » *Epist.*, 137, p. 350, dans *Opera omnia* (Lyon, 1613, in-4°).

tenir intacte l'antique liberté de la patrie; il ne doit établir de nouveaux impôts que dans l'extrême nécessité, et de l'avis et du consentement des trois états assemblés (1) ». La cause de tous les malheurs de la France (il écrit sous Charles VI) est dans l'injustice dont le roi s'est rendu coupable en rétablissant les impôts (*extortiones istas*) que Charles V, à son lit de mort, tourmenté par sa conscience, avait supprimés : le roi a imposé de nouveaux subsides « contrairement à la liberté ancienne et jusqu'alors respectée du royaume, en violation des serments du sacre (2) », et ce malheureux royaume, « où le prince peut extorquer à ses sujets ce qu'il veut selon son plaisir, où les voleurs et les pillards dépouillent paysans et marchands et clercs », est maintenant de ceux que saint Augustin appelle « de grands brigandages » (*magna latrocinia*) (3). Il conclut en réclamant une assemblée des États généraux : « Il me semble indispensable pour la réformation générale de tous les abus du royaume, qu'une assemblée plénière des trois états soit convoquée... C'est le moyen qui me semble le plus efficace, le plus salutaire, le plus facile et le plus opportun, d'obtenir une féconde réformation (4) ». Ailleurs, dégoûté sans doute des assemblées populaires par les excès démagogiques dont Paris fut le théâtre en 1412-1413, c'est au Parlement qu'il fait appel : il est l'un des premiers théoriciens qui lui attribuent le rôle de modérateur du pouvoir et de gardien de la sûreté de l'État; encore ne le lui reconnaît-il que dans les temps d'extrêmes calamités. « Puisque le roi (ainsi l'ont voulu les desseins impénétrables de Dieu) ne peut lui-même remédier à tant de malheurs, la seule chance de salut, s'il en reste encore une, doit être

(1) *De lapsu et reparatione justitiæ*, cap. 17, § 2, p. 55.

(2) *Op. cit.*, cap. 12, p. 51.

(3) *Op. cit.*, cap. 5, p. 44. — Il s'élève aussi contre la vénalité des charges (*op. cit.*, cap. 13, p. 52-53).

(4) *Op. cit.*, *Conclusio*, p. 59.

cherchée dans son conseil. Et qui donc, parmi les conseillers du roi, peut avoir une autorité plus grande que cet illustre sénat (*quam illius clarissimi senatus*)?... Personne ne pourra mieux que lui faire connaître la désolation, les maux, les plaies, les calamités et les périls du royaume, nul ne pourra mieux que lui en découvrir les remèdes. A nul autre il n'appartient davantage, au milieu d'une telle subversion de toute justice, de se faire le défenseur du droit, le représentant de la patrie désolée, et de veiller au salut commun. Tant que l'État est exempt de malheurs, ses fonctions se bornent au jugement des affaires privées et des procès des particuliers. Mais quand nous voyons le royaume près de périr sous un déluge de maux, son devoir est de laisser les affaires privées pour celles de l'État (1). »

Gerson, — d'ailleurs tout scolastique dans sa conception de l'établissement de la souveraineté, — n'est pas moins partisan que Clémengis d'un gouvernement modéré. « Le roy, dit-il, est subjet à raison, et à la loy de Dieu, et à justice (2). — Il vaut beaucoup mieux que les rois aient moins de pouvoir, et que ce pouvoir soit raisonnable, saint, durable, admettant certaines limitations (*aliqua restringentia*), de manière que la tête n'attire pas trop à soi la force et le sang des membres ; ce n'est point là alourdir la tête, mais bien plutôt la soutenir (3). » La comparaison de la tête et des membres est banale chez les théoriciens du moyen-âge; ils conçoivent une société fortement hiérarchisée : Clémengis et Gerson reprennent sous une forme peu différente la théorie que nous avons déjà rencontrée chez Jean de Salisbury (4). La place et le rôle

(1) *Epist.*, 98, à Nicolas de Baye, p. 283-284.

(2) *Oratio coram rege, 1413;* dans les *Opera omnia*, édition Ellies du Pin (Anvers, 1706, 5 vol. in-f°), t. IV, col. 674.

(3) *Solemnis oratio ex parte Universitatis parisiensis, coram rege... 1405;* t. IV, col. 600.

(4) Ci-dessus, p. 28-29. — Clémengis, *De lapsu et reparatione justitiæ,*

qu'ils réservent au clergé dans l'État est à remarquer. « Nous avons par ainsi, dit Gerson, quatre parties principales en ce royaulme. Le roy qui est le chef d'or, où est valeur et authorité. Chevalerie où est vigueur pour confondre adversité. *Clergie où est clameur de vérité.* Bourgeoisie où est labeur et humilité. Le roy a vertu dominative, par justice. Chevalerie a vertu défensive, par force. *Clergie a vertu illuminative, par prudence.* Bourgeoisie a vertu substantative, ou portative, par attrempence. » Et il ajoute un peu plus loin : « Homme quelconque ne puet parvenir à parfaite connoissance comment un royaume se doit gouverner, et avoir vie civile, et pardurable, sinon par la révélation de Dieu [1] ». Ailleurs il avait exhorté le roi à écouter favorablement l'Université « en ce qui touche la foi et la saine doctrine », car c'est à Dieu que le roi « rendra compte de son gouvernement, comme au grand maître de la Chambre des comptes (*coram magno Cameræ computi magistro*) [2] ». Clémengis de son côté écrivait au roi d'Angleterre : « Les prêtres doivent avertir et diriger le prince avec une religieuse science dans tout ce qui regarde son salut, et s'il s'égare, le reprendre avec respect ; lui montrer ses erreurs, l'exciter à être juste et plein de zèle pour l'État, à être le défenseur de l'Église et le protecteur de son peuple, et lui inspirer par de diligents avertissements la haine de la tyrannie. Ils doivent lui montrer que plus il est élevé en dignité et en pouvoir, plus lourds seront les comptes qu'il aura à rendre au souverain juge [3]. » Ainsi le « frein » de la religion, comme dira plus tard Claude de Seyssel, joue un grand rôle dans les doctrines politiques du moyen âge :

cap. 16 et 17, p. 54-55. — Gerson, *Oratio coram rege,... 1413*, t. IV, col. 663-664.

(1) *Loc. cit.*

(2) *Oratio solemnis,... 1405*, t. IV, col. 619.

(3) *Epist.*, 137, p. 350.

il est certainement considéré comme un principe essentiel, comme une *loi fondamentale*.

Au surplus, le gouvernement est toujours « par très grand conseil » : on a vu quel rôle Clémengis reconnaît aux États généraux et au Parlement à titre de conseillers du roi. Gerson, moins précis dans l'application pratique, est aussi affirmatif sur le principe. « Non seulement, dit-il, le prince doit demander conseil, mais il doit croire ce qu'on lui remontre, s'y attacher, et le tenir secret ; autrement ce serait une dérision... Un roi sans un sage conseil est comme une tête sans yeux, ni oreilles, ni nez (1). » Une autre fois, il reproche sévèrement au roi d'avoir enfreint cette règle : « Disent aucuns que très petit nombre de gens prenoient conclusions si haultes et si pesantes, que par avanture tout le conseil du royaulme, et des trois estats assemblés ne les eussent osé prendre si hastivement et rigoureusement. Vrayment, Sire, votre feu père Charles-le-Quint ne conquist point l'authorité qu'il ot par ainsy faire (2). »

Sur la question de l'impôt, Gerson est moins rigoureux que Clémengis : comme le chevalier du *Songe du Vergier*, il estime que le prince a le droit de l'établir de sa propre autorité, mais à condition qu'il soit vraiment nécessaire aux besoins de l'État et qu'il soit employé intégralement pour l'objet auquel il est destiné (3). Les deux théories en présence

(1) *Solemnis oratio,... 1405* ; t. IV, col. 604 et 606.

(2) *Oratio coram rege*, 1413 ; t. IV, col. 667.

(3) *Songe du Vergier* : « Il appert doncques que les roys... peuvent tailles extraordinaires, gabelles, fouages, et imposicions mettre à leurs subjects, comme le pape Innocent le tiers le note expressement... Toutefois il dit bien qu'ilz font grant péché de mettre telles aides sans cause, mais à cause comme est pour la deffense de la chose publicque ils le peuvent faire justement, mais que telles aides soient converties pour la deffense de la chose publicque et non pas en aultres usaiges ; car s'ils le font aultrement, le sang et la sueur de leurs subjects crieront contre eulx au dernier jour du jugement... Et devons savoir qu'il y a plusieurs causes pour lesquelles ung roy peut demander nouvelles aides de ses subjects.

se basent, du reste, l'une et l'autre, beaucoup moins sur une règle de droit positif, sur la coutume, que sur des principes *a priori* de morale et de droit naturel ; nous aurons l'occasion d'y revenir.

VII

Jean de Terre-Rouge fixe définitivement la théorie de la loi de succession ; — même conception chez Juvénal des Ursins.

En 1418 ou 1419 parurent les curieux *Traités* de Jean de Terre-Rouge sur la succession à la couronne et les droits du dauphin (1). L'ouvrage et le nom même de l'auteur sont aujourd'hui tombés dans un oubli complet ; les publicistes du xviiie siècle, dont l'érudition était pourtant si étendue, semblent aussi les avoir généralement ignorés (2). Ces *Traités*

Premièrement pour la juste deffense du pays... » etc. (Liv. I, ch. 136). — Gerson : « Error est, regem aut principem informare, ipsum justo suo jure subjectis suis, et eorum bonis ad suam voluntatem uti posse, absque alio titulo publicæ utilitatis, aut necessitatis, imponendo quascumque exactiones ad libitum suum. Nam hoc pacto sine alia ratione agere, tyrannizare esset, non regnare... Verum est quod pro defensione necessaria populi omnia sunt in principis justa ordinatione per rationem et bonum consilium. » (*Considerationes principibus et dominis utilissimæ,* t. IV, col. 623). — Cf. la *Solemnis oratio,... 1405*, t. IV, col. 599.

(1) La date de leur composition peut être déterminée d'après un passage du *Tractatus primus* : « Domino Dalphino... unigenito sexdecimum seu decimumseptimum primum agenti annum competit jure suo proprio... » etc. Charles VII étant né le 14 février 1403, eut seize ans accomplis le 14 février 1419. Le duc de Bourgogne, contre qui est écrit le *Tractatus secundus*, fut assassiné en 1419. — Les *Traités* de Jean de Terre-Rouge furent imprimés à Lyon, 1526, in-4°, et réédités par François Hotman à la suite de sa *Disputatio de controversia successionis regiæ*, s. l., 1585, in-8°. L'édition de 1526 leur donne pour titre : *Contra rebelles suorum regum. Aureum singulareque opus Joannis de Terra-Rubea... celeberrimi regii quondam apud Nemausum advocati... in se tres continens tractatus...* etc.

(2) Au temps de Louis XIII, Le Bret cite encore Terrirubius (peut-être d'après Hotman). Au xviiie siècle, les *Maximes du droit public françois*

méritaient pourtant un sort meilleur ; du moins ils sont intéressants pour l'histoire de la théorie des lois fondamentales.

L'auteur se propose d'établir que, la succession à la couronne étant réglée par une loi coutumière immuable, le successeur qu'elle appelle a un droit acquis à cette couronne du vivant même du roi régnant, et qu'il n'est pas au pouvoir de celui-ci d'y rien changer. Jean de Terre-Rouge est un légiste, et il raisonne en légiste ; avec une rigueur et une précision vraiment remarquables, il tire du principe posé toutes les conséquences qu'il comporte.

« En France, dit-il, la couronne est, de droit coutumier, successive, et déférée *par la seule force de la coutume*, à l'aîné des mâles de la ligne directe ; celle-ci défaillante, aux mâles collatéraux, selon la proximité de degré (1) ; » et il insiste sur cette idée que la dévolution a lieu *ex sola vi consuetudinis :* coutume, ajoute-t-il, parfaitement conforme à la loi divine et humaine, — à la loi divine, notamment, en ce que, dans la loi de Moïse, la royauté était dévolue à l'aîné (2). « Les rois de France n'ont jamais pu et ne peuvent disposer du royaume par testament, pas plus en faveur de leur fils aîné que d'une autre personne : car il ne s'est pas établi en coutume qu'ils pussent le faire (3). » Pas même de leur fils aîné, a-t-il dit : « car il est si vrai que c'est par la seule force de la coutume que le successeur est appelé au trône, que non seulement cette succession ne peut être déférée par une

(1775), pourtant si documentées, ne le citent nulle part. L'auteur du *Sacre royal* (Amsterdam, 1776, 2 vol. in-12), en cite deux courts passages. Le P. Lelong mentionne les *Traités* de Terre-Rouge dans sa *Bibliothèque historique*, sous les nos 28 480 et 28 485 (t. II, p. 845 et 846).

(1) *Tractatus primus*, art. I, conclusio 8, p. 81 (les renvois aux pages s'appliquent à la réimpression d'Hotman, 1585, in-8o).

(2) *Ibidem*.

(3) Concl. 10, p. 83 ; « per consuetudinem non est obtentum de regno testari ».

disposition testamentaire, mais elle ne l'est même pas en vertu d'une volonté présumée du roi prédécédé : c'est la seule coutume qui défère le royaume au successeur (1). » — « Il s'ensuit que l'aîné, ou tout autre successeur à la couronne de France, n'est pas et ne peut être appelé proprement héritier ni successeur aux biens (*patrimonialiter successor*) de celui à qui il succède, mais seulement successeur par une sorte de simple et non héréditaire succession s'opérant en vertu de la coutume qui lui confère la couronne (2) : c'est là une troisième espèce de succession qui pourrait être appelée, à raison de la ressemblance, quasi-héréditaire (3). » Pourquoi cette exception au droit commun, dira-t-on, et comment l'expliquer ? — « Pour les patrimoines, continue l'auteur, la succession héréditaire a lieu de droit ; mais pour les royaumes, il n'en est pas ainsi, à moins qu'il n'y ait eu usurpation de ce droit confirmée par la coutume (4). D'ailleurs, celui à qui échoit une succession patrimoniale a un droit beaucoup plus étendu (*multo plenius jus*) que le roi sur son royaume : car le premier peut vendre, aliéner, diminuer, transférer à d'autres par aliénation ses biens patrimoniaux ;.... mais le roi ne peut le faire, il ne peut, de quelque manière que ce soit, transférer à d'autres sa souveraineté (*regimen*). Le droit qu'a le roi sur son royaume est d'une autre nature que le droit d'un propriétaire sur son patrimoine (5).

(1) Concl. 11, p. 84.

(2) L'auteur du *Songe du Vergier* avait déjà aperçu ce principe : « Se le roy prent povoir en la temporalité en son couronnement, ce n'est pas par vertu de couronnement, mais est *par force du convenant et de l'ordonnance* de celuy qui le royaulme premièrement ordonna et establit. » (Liv. I, ch. 78).

(3) « Quasi hereditaria autem hæc successio sub quadam similitudine dici potest... Et potest dici tertia species successionis. » (Concl. 12, p. 84-85).

(4) « Nisi fuerit consuetudine usurpatum ».

(5) « Dominium quod rex habet in regno est alterius speciei a dominio rerum quæ patrimonialiter possidentur. » Concl. 13, p. 85-86.

« Le royaume de France est possédé, et il a accoutumé d'être possédé par ses rois, non comme un bien patrimonial et héréditaire, mais seulement par puissance et autorité royale, toutefois selon la disposition et l'expresse approbation de Dieu. Car nous lisons que Dieu, comme le raconte l'histoire de saint Remy, a honoré la très sainte maison de France d'une faveur insigne, de préférence à tous les autres rois, en envoyant du ciel, par un ange sous la forme visible d'une colombe, le baume dont ses rois sont oints [1].

« Ainsi, puisque le roi ne peut par aliénation ou autrement priver du royaume son successeur, ni le lui donner, celui-ci n'est pas considéré comme le tenant de son prédécesseur [2]. La succession à la couronne de France n'est ni héréditaire, ni élective, puisque personne n'élit. Elle est d'une autre espèce instituée par le droit, c'est-à-dire par la coutume du royaume. Car la coutume peut introduire de nouvelles formes et de nouvelles espèces de successions [3]. »

Voici maintenant les conséquences des principes posés :
1° Le successeur à la couronne de France ne succède pas aux dettes ou aux biens propres de son prédécesseur [4], — à moins qu'il ne soit son héritier selon le droit commun.

2° L'aîné, ou le futur successeur, qui se serait rendu coupable d'ingratitude, ou d'autre faute analogue, contre le roi, ne perd pas ses droits à la couronne, et le roi régnant ne peut pour cette cause l'en priver par un acte de volonté, parce que ce n'est pas de lui que le successeur tient la couronne, mais de la coutume qui en dispose ainsi (*sed ex consuetudine disponente*) [5].

3° L'aîné succédant au royaume, les autres enfants du roi

(1) Concl. 15, p. 88.
(2) Concl. 13, p. 86.
(3) Concl. 14, p. 87-88.
(4) Concl. 17, p. 89-90.
(5) Concl. 19, p. 92.

n'ont pas droit, en ce qui concerne le royaume, à la *légitime* qui leur serait due de droit commun ; et ils ne peuvent pas se plaindre ni réclamer, car il ne leur est fait aucune injustice : c'est la coutume qui défère la couronne, sans partage, à l'aîné seul. — Les autres enfants peuvent d'ailleurs recevoir des apanages (1).

4° S'il arrive que le roi mérite d'être déposé, son fils aîné, ou en général le successeur désigné par la coutume, n'est pas pour cela privé de son droit à la couronne. En pareil cas, celle-ci doit être déférée à celui qui doit succéder en vertu de la coutume, et non à un autre pour quelque raison que ce soit. Le successeur présomptif a, du vivant du roi, un droit acquis (*jus formatum*) ; le roi étant déposé, ce droit du successeur produit son plein effet (*rege privato, illud plenificatur*) (2).

Telle est la loi coutumière. Celle-ci pourrait-elle être changée ? En aucune manière : « Le roi de France ne peut faire une ordonnance ou une loi par laquelle la succession à la couronne deviendrait patrimoniale ou héréditaire de droit commun. En effet la coutume en vigueur (*consuetudo quæ est jam in actu super hoc*), a été introduite et est reçue du consentement des trois états et de tout le corps civil ou mystique du royaume (*totius civilis sive mystici corporis regni*), à qui appartenait, de droit commun, l'institution et l'élection du roi. Les dignités royales appartiennent à tout le corps civil ou mystique du royaume, comme les dignités ecclésiastiques appartiennent à l'Église : par conséquent le chef ne peut rien faire au préjudice ou contre la volonté de ceux à qui elles appartiennent. L'organisation du pouvoir et le choix des princes appartiennent au peuple ; et il n'est pas permis au roi de changer la constitution du royaume (3). »

(1) Concl. 20, 21, 22, p. 93-94.

(2) Concl. 23, p. 95-97.

(3) « Regi non licet immutare ea quæ ad statum publicum regni sunt ordinata. » Concl. 24, p. 99-100.

On sent ici les deux influences contraires de la tradition et de la scolastique : Jean de Terre-Rouge aurait été sans doute bien embarrassé de dire à quelle époque, où et comment les trois états avaient décrété les lois fondamentales, et notamment cette loi de succession au trône dont il venait de faire la théorie avec tant de justesse et de netteté. De ce que la coutume, par essence même, ne peut s'établir sans un certain assentiment plutôt tacite que formel du peuple, — et ce n'est encore pas sa seule condition d'existence, — il ne s'ensuit pas qu'elle résulte d'une délibération libre. Jean de Terre-Rouge aperçoit pourtant, tout le reste de sa théorie le montre, que c'est d'autre chose que la coutume tire sa force. Mais il n'a pu échapper à la toute-puissante scolastique, et il a fallu que cette vaine abstraction vînt fausser à la fin une théorie si judicieusement construite.

L'auteur conclut l'article premier de son premier *Traité* en faisant l'application de la doctrine exposée : le dauphin Charles, dit-il, « a, du vivant de son père, un droit acquis à la couronne, et un droit si solide qu'il ne peut en être privé par la volonté, le fait, la disposition du roi ou de toute autre personne (1) ». Le jour n'était pas éloigné où le traité de Troyes (1420) devait donner une nouvelle et plus douloureuse actualité à cette thèse ; mais Terre-Rouge, en la soutenant, ne se proposait que de défendre les droits du dauphin contre les entreprises du duc de Bourgogne : dans l'article second, il touche au vif la question : il s'agit de prouver que, le roi régnant étant incapable de gouverner, l'administration du royaume appartient au dauphin, et ne peut être confiée à nul autre.

Après avoir posé en principe que, bien que le père et le fils soient deux personnes distinctes, il y a cependant entre eux une certaine identité (2), et que « c'est à raison de cette

(1) *Tractatus primus*, art. I, p. 100-101.

(2) « Tamen unum idem specie et natura nedum communi » ; « filius est

identité que la coutume défère le royaume au fils aîné »[1], il en conclut que, « du vivant du père, le fils est de droit naturel co-seigneur avec son père des choses qui appartiennent à celui-ci »[2]. Le droit à la couronne que possède le dauphin lui donne une sorte de possession sur le royaume, et le droit d'administrer, du vivant même de son père; pourtant il ne s'agit pas ici d'une possession et administration pleine et libre, laquelle n'aura lieu qu'à la mort du père[3]. Mais s'il en est ainsi du vivant d'un père sain d'esprit et présent, « à bien plus forte raison le dauphin possède, en vertu de son droit à la couronne, la pleine administration et le gouvernement du royaume, lorsque le roi son père est empêché de gouverner, soit par folie, soit par absence, ou autrement[4] »; et cela « même contre la volonté du père[5] ». Le dauphin ayant un droit acquis, le roi son père ne peut l'en priver « en nommant un lieutenant-général ou un régent, ou autrement »; « le Pape, ou les États généraux, ou le corps civil du royaume, ne peuvent pas davantage nommer un coadju-

idem cum patre vivente; ipse est aliquid patris ». (*Tractatus primus*, art. II, 1re partie, concl. 1 et 4, p. 102 et 104.)

(1) *Ibidem*, concl. 2, p. 103.

(2) *Ibidem*, concl. 3, p. 104.

(3) *Ibidem*, concl. 13 et 14, p. 110-111. — L'auteur revient encore, un peu plus loin, sur cette idée que le fils aîné du roi est déjà roi : « Dominium habet regni et administrationem cum rege, et ei conregnat, et ideo primogenitus rege vivente potest et debet rex juvenis appellari; ... rex pater debet simpliciter rex appellari : filius autem primogenitus debet cum aliqua levi differentia scilicet hac, juvenis rex, appellari; ... uterque tamen rex appelletur. » (*Tract. prim.*, art. II, 2e partie, concl. 6 et 7, p. 119-120.)

(4) *Tract. prim.*, art. II, 1re partie, concl. 17, p. 114; 2e partie, concl. 8 et 9, p. 120-121.

(5) *Ibidem*, concl. 10, p. 122 : « etiam patre invito ». — Chose curieuse, l'auteur base son argumentation, selon sa méthode, sur le droit romain, le droit canon, et même sur l'exemple des rois de l'Ancien Testament : et il n'invoque pas le précédent, pourtant récent, de Charles V, encore dauphin, prenant la régence du royaume pendant la captivité de son père.

teur ou un régent, lorsqu'il y a un dauphin, ou l'empêcher d'exercer son droit (1) ». On voit qu'ici Jean de Terre-Rouge est moins large pour les États généraux et la nation : il leur refuse le droit de violer ou de changer une loi fondamentale, tandis que tout à l'heure, en les considérant comme la source et les auteurs de ces lois, il leur reconnaissait implicitement le pouvoir et le droit de les modifier. Au fond, il ne doute pas que la coutume nationale et la tradition soient supérieures à la volonté des États généraux (2). Ceux-ci n'interviendraient que s'il n'y avait ni dauphin, ni successeur légitime (3). Même si le dauphin est mineur de vingt-cinq ans, le droit d'administrer le royaume s'ouvre à son profit (4) : car il y a un droit acquis, un droit propre, même s'il est lui-même incapable de gouverner (5) : et il aura toujours des conseillers, puisque, « selon la coutume, le royaume de France est gouverné avec les conseils de nombreuses, illustres et sages personnes (6) ».

Jean de Terre-Rouge est, croyons-nous, le premier qui ait construit une théorie aussi solide, aussi complète et aussi rigoureuse de la succession à la couronne : on n'y ajoutera guère dans la suite. Quelques années après la composition de ses *Traités*, les défenseurs des droits de Charles VII,

(1) *Tract. prim.*, art. IV, concl. 2 et 5, p. 134-135 et 139.

(2) Il écrit ailleurs (*Tract. prim.*, art. IV, concl. 9, p. 141), que les États généraux ne sont pas supérieurs au roi, « tres status regni, quos superiores non habet (rex Franciæ) » : ce qui est en contradiction formelle avec ce qu'il disait précédemment (*supra*, p. 58).

(3) *Ibidem*, concl. 8 et 9, p. 141.

(4) *Tract. prim.*, art. III, concl. 2 et suiv., p. 124 et s. — « Domino Dalphino regis Franciæ unigenito non obest minor ætas, quominus regimen regni ad illum pertineat, rege per amentiam regere impedito » (concl. 5, p. 129).

(5) « Primogenito regis regere impedito, vel non » ; (*ibid.*, p. 126-127). — C'est là une exagération manifeste : mais Jean de Terre-Rouge est un avocat, et il plaide une cause.

(6) « Regnum Franciæ consiliis illustrium et multorum prudentium regitur solito more » (*ibid.*, p. 127).

invoquant la nullité du traité de Troyes, ne font que reprendre ses arguments. Ainsi Jean Juvénal des Ursins, l'archevêque, écrit dans un mémoire de ce genre, vers 1445 : « Le roi de France Charles VI eût-il été de bon et sain entendement, et en sa pure, franche et libérale volonté, si n'eût-il pu transporter son royaume, ni faire que son fils en eût été exhérédé, et qu'il n'eût été son héritier ; car au regard de la couronne et du royaume, les héritiers mâles du sang sont nécessaires ; et ne peut le roi préjudicier à son héritier descendant de sa chair, ni aliéner ou bailler le royaume en autre main ; ... tellement que s'il avait fils, comme au cas présent, il ne pourrait faire qu'il ne fût roi après lui... Et à proprement parler, le roi n'y a qu'une manière d'administration et usage, pour en jouir sa vie durant tant seulement. Et quant il a fils, le fils durant la vie du père, en est réputé comme seigneur : et ne lui peut le roi son père, ni autre, abdiquer ou ôter ce droit, voire même s'il le voulait et consentait. Et quoi que ce soit, ne ferait préjudice qu'à lui, et non mie aux autres du sang, pouvant venir à la succession... Et serait chose trop merveilleuse, que le roi ne pût aliéner partie de l'héritage de sa couronne valablement, et de le non faire jure à son sacre, et toutefois qu'il pût aliéner sa couronne et son royaume tout entier (1). »

La doctrine était dès lors fixée pour toujours ; les théoriciens des derniers siècles de l'ancien régime ne s'en éloignaient pas, et lui donnaient même une formule assez heureuse, en disant que la succession à la couronne de France était une « substitution immémoriale ».

(1) Bibl. nat., ms. fr. nouv. acq., 741, p. 25-26. Godefroy reproduit ce texte à la suite de l'*Histoire de Charles VI* de Juvénal des Ursins, Paris, 1653, in-f°, p. 695. — On lit encore dans un autre mémoire, écrit en 1435 : « Filio erat *jus* quesitum *ad rem* : quo jure non potest eum pater privare quia non habet ab ipso patre, *sed a consuetudine regni.* » (*Examen de la question si le Duc de Bourgogne pourroit faire sa paix particulière avec le Roy de France*, dans l'*Histoire générale et particulière de Bourgogne*, de Dom Plancher, t. IV, *Preuves*, p. CLVII).

VIII

Les lois fondamentales et les États généraux de 1484.

Les États généraux de 1484, restés célèbres par le discours de Philippe Pot, n'ont cependant qu'une importance médiocre dans l'histoire du droit public de l'ancienne France. Aucun principe de droit n'y fut nettement dégagé. En dehors des doléances, des demandes de réformation des abus, et de l'octroi des impôts, objets ordinaires des assemblées d'États, une question très importante y fut pourtant agitée, celle du conseil du roi. Malheureusement les intrigues y eurent plus de part que les principes juridiques.

Louis XI venait de mourir. Le jeune roi, Charles VIII, âgé de treize ans et demi, était légalement majeur, aux termes de l'ordonnance de Charles V ; en fait, il était incapable de gouverner. Louis XI avait laissé « la charge et gouvernement du prince » au sire de Beaujeu, son gendre, et en réalité à sa fille Anne ; mais cette sorte de tutelle n'était pas, en droit, l'équivalent d'une régence, et d'ailleurs il n'y avait pas de régence proprement dite à organiser, puisque le roi était majeur. En fait, c'était le conseil du prince qui allait gouverner. Appartenait-il aux États généraux de fixer la composition de ce conseil ?

A aucun moment la question ne fut clairement résolue. Il est probable d'abord qu'on hésita sur l'interprétation de l'ordonnance de Charles V, qui porte que les rois seront majeurs « quand ils auront atteint leur quatorzième année[1] » : fallait-il entendre que la majorité est atteinte dès que la quatorzième année est commencée, — c'était le sens littéral, qui prévalut dans la suite; — ou bien exigeait-elle

(1) Cf. *infra*, chap. V, § IV.

quatorze ans accomplis ? Charles VIII avait treize ans et demi. L'assemblée ne sut jamais bien si elle voulait le traiter en mineur ou en majeur. En admettant que le roi fût mineur, il nous semble qu'en droit, si on avait fait l'application des principes si nettement exposés au commencement du siècle par Jean de Terre-Rouge, et qui restèrent ceux de l'ancienne monarchie, la direction des affaires, la présidence du conseil et le choix des conseillers devaient appartenir à l'héritier présomptif de la couronne, c'est-à-dire au duc d'Orléans ; celui-ci avait donc raison de faire valoir les droits qu'il y avait [1], et qui n'excluaient point, du reste, une consultation des États généraux. Mais les Beaujeu prétendaient conserver aussi, avec la « garde » du jeune roi, le gouvernement du royaume. Ainsi, tandis qu'ils visaient à faire ratifier leur prise de possession du pouvoir par l'assemblée, le duc d'Orléans prétendait de son côté lui faire reconnaître ses droits. Les États se trouvèrent entourés d'intrigues ; les deux partis en présence y eurent leurs agents et leurs avocats, qui s'efforcèrent moins d'élucider un point de droit que de faire triompher leur cause.

Ceci exposé, on comprendra qu'il faut faire assez peu de fond sur les doctrines soutenues à cette occasion.

(1) Par contre, il nous semble outrepasser son droit quand il prétend avoir aussi la « garde » du jeune prince et supplanter ainsi les Beaujeu, légitimement désignés par Louis XI pour cette charge. Il confond, lui aussi, la « garde » du prince et le gouvernement du royaume. On lit dans un message qu'il adressa aux États : « Monseigneur d'Orléans... a appris que les articles que vous avez faits ne lui maintiennent pas son honneur;... surtout lorsque... vous arrêtez, sur la question du conseil royal, que le sire et la dame de Beaujeu auront la garde et le gouvernement de la personne du roi. En cela vous ne pouvez lui plaire, et il se croit gravement offensé ; d'autant que, si le roi a besoin d'être gouverné et gardé, ou comme on dit, d'avoir un régent, Monseigneur n'entend point que cette administration appartienne à autre qu'à lui. » (*Journal des États généraux de France tenus à Tours en 1484*, par Jehan Masselin, publiés par Bernier, Paris, 1835, in-4°, p. 227).

Philippe Pot rend bien un hommage tout platonique aux lois fondamentales, ou, selon ses paroles, à la nécessité « de tout disposer et conclure selon la règle et la coutume ancienne (1) » ; mais il passe légèrement sur cette idée, et après avoir rejeté, en arguant de bien faibles raisons (2), les droits de l'héritier présomptif, il présente sa thèse, qui comprend deux éléments bien distincts : 1° une doctrine politique *a priori* ; — 2° l'application de cette doctrine à la situation présente.

Sa doctrine politique est simplement celle que l'École enseignait depuis environ deux siècles : « A l'origine, les peuples souverains créèrent des rois par leur suffrage... N'avez-vous pas lu souvent que l'État est la chose du peuple ? Or, puisqu'il est sa chose, comment négligera-t-il ou ne soignera-t-il pas sa chose ? Comment des flatteurs attribuent-ils la souveraineté totale au prince, qui est fait en partie par le peuple ? (3) »

Voici maintenant l'application de la doctrine : « Bornons notre discussion au cas qui se présente : un roi, à cause de sa minorité, ou pour une cause quelconque, est empêché de prendre le gouvernement... Il est constant que notre roi ne peut, par lui-même, gouverner la chose publique ; ... si, comme j'ai répondu à mes adversaires, *elle ne retourne en ce cas ni à un seul prince*, ni à plusieurs ni à tous à la fois, *il faut*

(1) « Et ne in incertum fluctuent omnia,... utile porro et necessarium est hunc, quemadmodum et cœteros occurrentes eventus, *antiquo jure et regula* disponi atque concludi. » (*Journal* de Masselin, p. 144).

(2) *Ibidem*, p. 142-143. « Expliquez-moi où vous avez vu cet ordre de tutelle garanti par la loi ? Qui a établi ou promulgué cette loi ? *Certes vous ne la trouverez écrite nulle part*. Que si vous étiez en état de me la montrer, la disposition des mesures présentes vous donne un éclatant démenti... Les faits sont là : le duc d'Orléans, présomptif héritier du trône, n'a pas la souveraine puissance ou l'administration utile du royaume. » — Mais aussi il la réclame !

(3) « Quomodo ab assentatoribus tota principi tribuitur potestas, a populo ex parte facto ? » *Journal* de Masselin, p. 146-149.

qu'elle revienne au peuple, donateur de cette chose, et qu'il la reprenne comme sienne (1) ». Il est à peine besoin de faire remarquer que cette théorie est en opposition formelle avec les principes dès lors les plus solidement établis du droit public français ; avec ce raisonnement, c'est au peuple aussi que la souveraineté aurait dû revenir à la mort de chaque roi ; et peut-on parler d'un tel retour en présence d'un roi majeur ? Simple fiction légale que cette majorité, dira-t-on ; sans doute, mais elle n'avait pas été introduite pour rien ; et, en droit, la question de ce retour de la souveraineté à la nation ne devait même pas se poser.

Aussi bien, Philippe Pot semble ne pas se faire d'illusions sur la valeur de sa thèse ; n'ajoute-t-il pas aussitôt : « Loin de moi pourtant l'intention de dire *que la capacité de régner, la propriété du pouvoir passe à tout autre qu'au roi ;* mais cependant l'administration du royaume et la tutelle, non le droit ou la propriété, sont attribuées de droit, suivant les circonstances, au peuple ou à ses élus (2) ». La contradiction entre les deux propositions est évidente. En somme, Philippe Pot n'invoque un instant la souveraineté nationale que pour écarter les prétentions, d'ailleurs assez bien fondées, du duc d'Orléans. C'est qu'en effet il est le porte-parole des Beaujeu (3) ; il a voulu faire et il a fait un plaidoyer habile bien plutôt qu'un exposé doctrinal. Sa théorie de la souveraineté nationale est loin d'être une nouveauté, — elle est celle d'un bon élève de l'École ; — quant à la demi-application qu'il en tire, elle vise et elle aboutit à la négation des droits de l'héritier présomptif à la régence (4). Ce qu'il revendique, en

(1) *Ibid.*, p. 148-149. « ... Nec ad aliquem unum principem, ... hoc in casu revertitur (res publica). Oportet propterea ut ad populum redeat, hujus rei donatorem, qui eam quidem resumat, velut suam. »

(2) *Ibidem.*

(3) Voir sur cette question : Tixier, *Les Théories de la souveraineté aux États de 1484*, Paris, 1899, in-8°, p. 50 et s.

(4) Saint-Gelais, plaidant après coup la cause du duc d'Orléans devenu

effet, pour les États, c'est moins la souveraineté en toutes matières et en tous temps, que la régence, ou une sorte de souveraineté provisoire, dans le cas où le roi ne peut gouverner par lui-même. Masselin, qui soutient la même thèse, rapporte que deux courants d'opinion se manifestaient parmi les députés : « les uns pensaient que toute la charge du gouvernement incombait aux États, et que ceux-ci ne devaient pas user de doléances, si ce n'est pour la forme, mais plutôt d'autorité et de commandement, du moins jusqu'à ce qu'ils aient constitué le conseil, qui recevrait d'eux le souverain pouvoir ; d'autres au contraire disaient que ce n'était pas aux États, mais aux princes du sang, comme à des tuteurs légitimes, que le gouvernement du royaume était dû de droit, et que le consentement des États, dans la rigueur du droit, n'était nécessaire que pour lever les impôts; que si les princes avaient bien voulu consulter les États, c'était pure grâce et bonne volonté de leur part (1) ». Sans aborder ici la question des régences (2), remarquons que ces derniers trouvaient du moins leur appui dans le droit et la coutume nationale, tandis que les autres n'invoquaient que des principes *a priori*.

Si, laissant de côté les opinions particulières, on se reporte au cahier général remis par les États à la fin de la session, on constate que leur pensée collective s'est d'instinct fidèlement rapprochée de la tradition alors établie : en matière d'impôts, ils *octroient* et *accordent*; en toute autre matière, ils expriment un simple avis (3). Cette différence de langage,

le roi Louis XII, formule nettement le principe : « Quand le roi demeure en bas âge, le plus prochain à succéder doit être régent durant la minorité du jeune roy. Mais au regard de la personne, elle doit estre mise entre les mains de ses plus prochains non capables de succession. » (*Histoire de Louis XII*, p. 43, citée dans Viollet, *Hist. Inst. pol.*, t. II, p. 94-95.)

(1) *Journal* de Masselin, p. 138-140.

(2) Cf. ci-dessous, chap. V, § IV.

(3) « L'advis des estatz est tel, que... » (*Cayer*, à la suite du *Journal* de

et d'idées, est particulièrement saisissante dans la *Derreniere conclusion et ottroy fait par les estatz au roy*, réponse écrite qu'ils lui remettent touchant les subsides demandés : « Les gens des trois estatz *supplient très humblement* au roy, nostre souverain seigneur, de faire vuyder, despescher et accorder les articles, tant d'église, noblesse, justice, marchandise, que autres escriptz, contenus ou cayer... (etc.) Et pour subvenir aus grans affaires dudit seigneur, tenir son royaume en seureté, payer et soudayer ses gens d'armes et subvenir à ses autres affaires, les troys estatz luy *ottroyent, par manière de don et ottroy et non autrement...* » etc. (1) Ce langage est plus clair qu'une belle théorie.

Sur la question capitale du conseil, même justesse de vues ; ils aperçoivent bien qu'il n'y a pas une loi du royaume, pas une tradition, qui donne aux États le pouvoir

Masselin, p. 701) ; ou encore : « il semble aux Estatz » (*ibid.*, p. 662, 666, 667, etc.); ou encore : « remontrent lesdictes gens desditz troys estatz » (p. 669, 678, etc.). La doctrine qu'on pourrait appeler officielle, et qui est exposée par le chancelier, est conforme aussi à la tradition : « Le roi, d'après l'avis des princes de son sang, a pensé qu'il serait très convenable que vous, qui représentez tous ses sujets, participassiez à ses charges, et il a résolu d'ordonner la convocation générale des états de son royaume... Il a voulu vous communiquer ses affaires et vous faire prendre part à ses résolutions;... il a voulu que vous soyez ses coopérateurs. » (*Journal*, p. 36, 46, 52). Cf. les paroles de Jean de Rély, p. 167, 237-239.

(1) *Journal*, p. 447 et suiv. — Ils ajoutent un peu plus loin, après avoir demandé une nouvelle convocation des États « dedens deux ans prouchainement venans » : « car lesditz estaz n'entendent point que doresenavant on mette sus aucune somme de deniers, sans les appeler, et que ce soit de leur vouloir et consentement, en gardant et observant les libertez et préviléges de ce royaume » (p. 451). — La même idée se trouvait déjà exprimée dans le *Cahier* général précédemment remis au roi : « Et s'il advenoit que le demaine ne puisse fournir, et que... (il) soit besoing de lever aucun succide oultre ledit demaine,... espèrent bien les gens desdiz estatz... que desormais, en ensuivant la naturelle franchise de France, et la doctrine du roy saint Loys,... ne soient imposeez ne exigeez lesdictes tailles, ne aides equipollens à tailles, sans premièrement assembler lesdiz troys estatz,... et que les gens desdiz estaz le consentent, en gardant les privileges de chacun pays » (p. 678-679).

de constituer le conseil d'un roi majeur, présent et sain d'esprit [1] ; il y a bien ici la difficulté de son jeune âge : mais c'est une difficulté à résoudre *pratiquement* par leurs avis et leur influence. « Et touchant le fait du conseil, l'advis des estatz est tel, que considéré l'aage du roy qui est prouchain de son quatorzième an, aussy la prudence, sagesse, discrétion et bonne inclination dudit seigneur, il commandera toutes les lettres, conclusions et choses nécessaires des matières, qui en iceluy conseil seront conclues par l'advis et délibéracion de sondit conseil, ou de la plus grande et seure partie d'iceluy, sans ce que autre que luy face ne ait auctorité de faire quelque commandement, en quelque manière que ce soit [2]. » Ils reçonnaissent d'ailleurs au duc d'Orléans la présidence du conseil, la « garde » du prince restant aux Beaujeu.

Les États de 1484 ont été accusés de faiblesse. Il nous semble qu'ils ont eu le sentiment exact de la tradition et de leurs droits, et qu'il faut plutôt les accuser de n'avoir pas voulu faire une révolution [3] : car c'en est une qu'ils eussent

(1) C'est le roi qui a convoqué les États, au témoignage de Masselin lui-même (p. 128-129) ; c'est le roi qui préside les séances solennelles, comme la séance d'ouverture (p. 5, 37) ; c'est lui qui parfois répond « de bouche » aux demandes des États (p. 713). A la rigueur, il est vrai, tout cela ne prouverait encore pas que le roi fût majeur. L'assemblée, répétons-le, ne sut jamais bien si elle voulait le considérer comme tel, ou comme mineur.

(2) P. 701.

(3) Cf. G. Picot, *Histoire des États généraux* (2e éd., Paris, 1888, 5 vol. in-16), t. II, p. 123 et 126 : « S'agissait-il de *toucher à la constitution de l'État*, d'atteindre le mal dans sa racine, leur courage se changeait en faiblesse, la crainte s'emparait de leur cœur et les faisait reculer devant l'accomplissement de leur tâche... Jamais aucune assemblée délibérante n'avait rencontré une occasion si favorable de *saisir légalement* et sans effort violent la conduite des affaires. C'était une conjoncture unique dans l'histoire, et la postérité ne doit pas pardonner aux hommes qui l'ont laissée échapper. » -- *Légalement* nous semble au moins téméraire.

faite, s'ils avaient suivi Philippe Pot et Masselin, et que ceux-ci fussent allés jusqu'aux conséquences de leur doctrine.

CHAPITRE II

Les Lois fondamentales d'après les Théoriciens du XVIe siècle

I

Théories de Claude de Seyssel, — de Du Moulin, de L'Hospital.

C'est au XVIe siècle, surtout à partir de 1560, que les théories des lois fondamentales prennent l'ampleur de systèmes complets. On sait d'ailleurs quelle abondante littérature ont suscitée les questions relatives au pouvoir royal, à ses limites et au droit de révolte, pendant ce siècle si agité. On peut distinguer quatre courants principaux, qui parfois se fondent deux à deux : le courant traditionaliste (1), l'école historique, le courant scolastique, et enfin celui qu'on pourrait appeler *autocratiste*.

La *Grand'Monarchie de France*, de Claude de Seyssel (2), représente assez bien, au début du siècle, la thèse traditionaliste. L'auteur, quoique archevêque, fait assez peu de cas des spéculations scolastiques (3), et, se plaçant à un point de

(1) Il ne s'agit ici, bien entendu, que du traditionalisme politique.

(2) La première édition parut en 1519 ; nous renvoyons à celle de Paris, 1541, in-8°.

(3) « Plusieurs philosophes théologiens, et aultres sages hommes très chrestiens, ... ont disputé, escript et dogmatizé du régime et gouvernement de la chose publicque en général, quel il doibt estre... Et sur ce, ont faict maintz traictez et grans volumes qui seroient laborieux à voir et

vue tout positif, se propose simplement de « recueillir sommairement et en briefz langaiges ce qui peult servir à la conduicte de la monarchie de France », de « considérer les moyens par lesquelz elle a esté establie et est parvenue à telle grandeur, comme elle est de présent (1) », joignant dans cette description, « les anciennes loyx, coustumes et observances, avec les nouvelles et plus récentes (2) ».

La première « spéciaulté » qu'il trouve bonne dans la monarchie française, est qu'elle est héréditaire, et « va par succession masculine sans pouvoir tomber en main de femme, selon la loy que les Françoys appellent salique... (3) ». Ceci pourtant ne suffirait pas pour faire une monarchie florissante. « Une aultre chose y a que j'estime la principale pour la conservation d'icelle monarchie, c'est que le chief et tous les membres d'icelle sont réglés par si bon ordre, qu'à grand peine peuvent venir à grande dissention et dissonance », autant du moins qu'il est possible en des choses humaines, qui « par le commun cours de nature », sont « subjectes à corruption et mutation ». Les États qui ont la meilleure constitution durent le plus longtemps ; — si Seyssel n'emploie pas le mot *constitution*, il en a bien l'idée. Or, celle de la France est très bonne. « Car pour parler du désordre qui peult advenir par l'imperfection des chiefz et monarques, il y a plusieurs remèdes pour réfréner leur auctorité absolue s'ilz sont destravés (4) et voluntaires. Et plus encores de ceulx qui pourroient avoir le maniement du royaulme s'ilz

difficiles à entendre. Mais encores en seroit la praticque plus mal aysée, car l'on mect et couche pas escript ce que l'on veult, et que la rayson et le sens naturel enseigne bien aysément... Mais il n'y a cité, grande ne petite, réglée et conduicte entièrement selon la raison morale et politicque... » etc. (*Prologue*).

(1) *Ibidem*.

(2) Partie I, ch. 7, *in fine*, f° 10 v°.

(3) *Ibid.*, f° 9 v°.

(4) C'est-à-dire dévoyés.

sont du tout imbécilles par faulte d'aage, ou aultrement. Et néantmoins demeure tousjours la dignité et auctorité royalle en son entier, *non pas totalement absolue ne aussy restraincte par trop*, mais réglée et réfrénée par bonnes loix, ordonnances et coustumes, lesquelles sont establies de telle sorte qu'à peine se peuvent rompre et adnihiler, jaçoit qu'en quelque temps et en quelque endroict, il y advienne quelque infraction et violence. Et pour parler desdictz freins par lesquelz la puissance absolue des roys de France est réglée, j'en treuve troys principaulx. Le premier est la religion, le second la justice, le tiers la police (1). »

La religion, d'abord. Un roi chrétien « ne peult guières faire choses tyranniques, et s'il en faict quelqu'une, il est loisible à ung chascun prélat ou à aultre homme religieux bien vivant, et ayant estime envers le peuple, le luy remonstrer et incréper, et à ung simple prescheur le reprendre et arguer publicquement, et en sa barbe. Et si ne l'oseroit le roy bonnement pour cela mal traicter ne luy meffaire, encores qu'il eu eust volunté, pour non provoquer la malveillance et indignation du peuple. Ce que n'est en aultre royaume que l'on sache, à tout le moins de telle sorte (2). »

Le second frein est la justice, « laquelle est plus auctorisée en France qu'en nul aultre pays du monde que l'on sache, mesmement à cause des parlements qui ont esté instituez principalement pour ceste cause et ceste fin de réfréner la puissance absolue dont vouldroient user les roys ». Non seulement le roi, bien que de lui émane toute juridiction, est sujet à la justice du Parlement pour les procès qu'il peut avoir avec des particuliers, mais encore ses « lettres et rescripts » sont sujets au jugement de ce Parlement, du moins ceux qui pourraient, « entre parties privées...,

(1) Part. I, ch. 8, f°s 11 v°, et 12 r°.
(2) Part. I, ch. 9, f° 13 r°.

préjudicier au droict d'aultruy », contrairement aux lois (1). Il faut reconnaître qu'ici l'auteur est trop réservé : il ne vise que les lettres, les ordres particuliers par lesquels le prince voudrait modifier la loi pour tel cas déterminé soumis au juge, c'est-à-dire, au fond, lui dicter sa sentence ; ce *frein* n'était pas le seul qui fût entre les mains du Parlement ; et sans parler du droit de *libre vérification*, que ne lui aurait certainement pas reconnu Seyssel, parce qu'il permettrait non seulement de réfréner l'absolutisme, mais de paralyser totalement le pouvoir, il semble que notre auteur aurait dû lui reconnaître le droit d'enregistrement et de remontrances, qui ne le *restreignait pas trop*. Du reste, il est bien possible qu'en effet Seyssel l'ait eu en vue ; la manière dont il s'exprime en disant que le Parlement a été institué « principalement pour réfréner la puissance absolue dont voudraient user les rois » permet de le penser ; peut-être aussi se réservait-il de parler de cette attribution du Parlement à propos du troisième frein, qui est la police.

Sous ce nom, en effet, il comprend « plusieurs ordonnances qui ont esté faictes par les roys mesmes, et après confermées et approuvées de temps en temps, lesquelles tendent à la conservation du royaulme en universel et particulier. Et si ont esté gardées par tel et si long temps, que les princes n'entreprennent point d'y déroger, et quand le vouldroient faire, l'on n'obéist point à leurs commandemens (2). » Ce sont donc les lois *fondamentales positives* qu'il a en vue sous ce nom général de *police ;* et on s'attendrait à ce qu'il les énumérât. Mais point du tout : il ne mentionne que l'inaliénabilité du domaine (3), et escamote tout le reste en cette vague formule : « Plusieurs aultres loix et ordonnances y a concernant le bien publicque du royaulme qui

(1) Part. I, ch. 10, f° 14 r° et v°.
(2) Part. I, ch. 11, f° 15 r°.
(3) *Ibidem*, f° 15, v°.

sont en observance, dont je ne veulx parler pour éviter prolixité [1] ». On aurait préféré un peu plus de « prolixité » ; mais il ne faut pas oublier que Seyssel n'est ni un juriste ni un publiciste de profession ; son ouvrage, composé hâtivement (en deux mois ou environ, dit-il dans le *Prologue*) n'est pas un traité en forme, mais comme un recueil de réflexions sur la monarchie française ; sa méthode est défectueuse, son exposé incomplet. Tel qu'il est, il représentait pourtant si bien le sentiment traditionnel et dominant, avec sa conception générale de la monarchie française « non pas totalement absolue ne aussy restraincte par trop », qu'il eut un vrai succès, non seulement au XVIe siècle, mais aux siècles suivants. Du Haillan, Belleforest, Le Roy, Claude Joly, bien d'autres encore, lui empruntent et parfois le copient textuellement.

Réservé à l'excès sur la question des droits politiques du Parlement, Claude de Seyssel l'est presque autant sur ceux des États généraux. Après avoir formulé le vieux principe, « que le monarque ne face aulcune chose par volunté désordonnée ne soubdaine, mais en toutes ses actions mesmement concernant l'estat use de conseil », et après avoir distingué le conseil *secret*, le conseil *ordinaire*, et le conseil *général*, qui sera composé ordinairement « de bons et notables personnages de divers estatz tant d'église que séculiers », attachés à la cour, il ajoute : « Et encores selon l'importance des affaires, y doibt l'on appeler des présidens des cours souveraines et principaulx conseillers d'icelles, des prélatz absens, *et aultres notables personnages* que l'on sçait este sages et expérimentez. Mais cela de convoquer telz personnages absens ne se fait ne doibt faire guières souvent pour éviter confusion et despense ; ains tant seulement quand il occure quelque chose que n'advient pas souvent et est de grande

(1) Part. I, ch. 12, f° 16 r°.

conséquence à tout le royaume, comme d'entreprendre une guerre et conquête nouvelle, de faire loix et ordonnances générales concernant la justice ou la police universelle du royaulme et aultres cas semblables ; auxquelz cas, il est quelquefois expédient *d'appeler quelque petit nombre de gens des citez et villes capitales du royaulme*. Et cecy n'est pas appelé conseil ordinaire, ains est une assemblée casuelle (1). » Il semble bien que dans ce passage Cl. de Seyssel vise d'abord les assemblées de notables, et ensuite les États généraux eux-mêmes. Bien entendu, il ne reconnaît aux unes comme aux autres qu'un rôle de conseil : dans la monarchie pure, la souveraineté totale appartient au roi. Les États généraux ne prendraient un rôle plus important qu'en cas de contestations relatives à la succession à la couronne (2). Mais en temps ordinaire, ils ne se différencient pas *essentiellement* des assemblées de notables, qui ne sont elles-mêmes qu'un conseil *général* plus étendu : ils sont plus nombreux, mais ils n'ont pas plus de pouvoir. Seyssel ne leur reconnaît nulle part le *libre octroi* de l'impôt.

Sa monarchie est donc absolue en principe. Mais « le roy *doibt* entretenir les troys freins, par lesquelz la puissance absolue est réglée (3) » ; et notamment, en ce qui concerne la *police*, « le roy et monarque, congnoissant que par le moyen des loix et ordonnances et louables coustumes de France concernantz la police, le royaulme est parvenu à tele gloire, grandeur et puissance que l'on void, et se conserve et entretient en paix, prospérité et réputation : les doibt garder et

(1) Part. II, ch. 5, f° 28 v°.

(2) A propos du différend de Philippe de Valois et d'Édouard III, roi d'Angleterre : « Les princes, prélatz, nobles, gens des bonnes villes et aultres notables clercs faisans et représentans les trois estatz généraux du royaulme assemblés pour juger la dicte matière, dirent et déclarèrent... etc. » (*La loy salique* à la suite de la *Grand'Monarchie*, f° 109 v°).

(3) Part. II, ch. 11, f° 35 r°.

faire observer le plus qu'il peult attendu mesmement qu'il est astrainct par le serment qu'il faict à son couronnement de ce faire. Parquoy faisant le contraire, offense Dieu et blesse sa conscience, et s'acquiert la hayne et mal vueillance de son peuple [1] ».

Du Moulin conçoit la constitution française à peu près de la même manière. « Il est certain, dit-il, que le roy de France, souverain en son royaume, n'a pas moindre puissance que Justinian le Grand, ou autres empereurs en leur empire [2]. » Un gouvernement « modéré par certaines lois et ordonnances », bien préférable « à la simple et absolue monarchie, laquelle aisément se convertit en tyrannie [3] » ; « une monarchie avec un assaisonnement, composition et température d'aristocratie et démocratie des Estats ou ordres [4] », telle est l'idée qu'il se fait de la monarchie française : au surplus, « la couronne n'est pas proprement héréditaire, car le nouveau roi n'est pas l'héritier de son prédécesseur, et ne succède pas à son patrimoine et à ses biens propres (à moins qu'il ne soit son héritier le plus proche), mais il est successeur à la couronne par le droit du sang selon la loi salique [5] », qui est la « très ancienne, perpétuelle et inviolable loy de la couronne de France [6] ». Du Moulin ne se prononce pas sur la nature de ces lois qui règlent la succession au trône et modèrent le pouvoir du roi ;

(1) Part. II, ch. 17, f° 44 r°.

(2) *Commentaires analytiques sur l'édit des petites dates ; Préface*, § 79, dans *Opera* (Paris, 1658, 4 vol. in-f°), t. III, col. 530.

(3) *Op. cit.*, 2e partie, glose XI, § 3 ; t. III, col. 602.

(4) *Ibid.*, § 9, col. 604. — Du Moulin cite un capitulaire de Louis le Pieux, de 825 : voir ce texte ci-dessus, p. 13, n. 2.

(5) *Commentaires sur la coutume de Paris*, tit. I, § 62 ; tome I, col. 26. Du Moulin, on le voit, suit la doctrine de Jean de Terre-Rouge.

(6) *De l'origine, progrès, et excellence du royaume et monarchie des François, et couronne de France*, § 79 ; t. III, col. 1061.

mais il semble bien qu'il les considère surtout comme coutumières ; et il est un des premiers à rechercher leurs origines lointaines dans les lois des Francs même antérieures à la conquête de la Gaule (1).

Le chancelier Michel de L'Hospital admet une doctrine semblable : la puissance royale est, en France, « plus tempérée qu'absolue » et gouverne « avec justice et légalité (2) » ; ce qui a fait dire à Machiavel, « en termes exprès, que l'on vit en repos et seureté au royaulme de France, au moyen des loys qui y sont, lesquelles les roys sont teneus de garder et observer, et de faict les gardent et observent religieusement (3) ». La loi salique est la loi « fondamentale et fidelle conservatrice de ceste couronne (4) » ; le roi, dit-il ailleurs, « ne tient la couronne de nous, mais de Dieu, et de la loy ancienne du royaume (5) ». Tout pouvoir appartient au roi ou émane de lui ; avant tout, « le principal office des roys est de faire justice : veoire mesme par plusieurs passaiges de l'Escriture se peut justifier que ce mot de judger signifie régner (6) » ; car « la justice et le bon prince sont relatifs et

(1) « Parquoy l'histoire est certaine, qu'aujourd'hui, mil cinq cens soixante-et-un, il y a plus de seize cens trente deux ans, que dure et persévère le règne des François » ; à l'avènement de Pharamond, puis à celui de Pépin, puis à celui de Hugue Capet, « il n'y eut interruption, mais continuation de règne » ; etc. (*ibidem*, § 69 et suiv., col. 1060-1061).

(2) *Traité de la réformation de la justice*, dans *Œuvres inédites*, publiées par Dufey (Paris, 1825, 2 vol. in-8°), t. Ier, p. 380.

(3) *Ibid.*, p. 211.

(4) *Ibid.*, p. 61. — On ne connaît ce *Traité* que par des copies, d'après lesquelles il a été édité ; il peut donc se faire que le texte primitif ait été remanié ; mais si cette expression de *loi fondamentale* est bien de L'Hospital lui-même, nous en avons peut-être ici le premier exemple. Le *Traité de la réformation de la Justice* a dû être écrit vers 1570.

(5) *Harangue prononcée à l'Ouverture des États Généraux de 1560*, dans *Œuvres complètes*, publiées par Dufey (Paris, 1824-1825, 3 vol. in-8°), t. I, p. 389.

(6) *Traité de la réformation de la justice*, p. 38. — A la fin du XIVe siècle, le chevalier du *Songe du Vergier* disait : « Ung prince est principalement ordonné affin de pugnir et corriger les malfaicteurs » (liv. I, ch. 130).

inséparables; c'est la justice seule qui donne le nom à son royaulme, et le pays où la justice n'est pas exercée comme il fault, n'est pas ung royaulme, c'est ung vray brigandaige, une pure et manifeste tyrannie... La justice, qui veult que l'on rende à chascung ce qui luy est deu, en commençant en premier lieu à Dieu, est la vraye harmonie du monde (1)... Puisque les monarques ont et tiennent leur puissance de Dieu, ilz la doibvent exercer selon Dieu, qui la leur a mise en main pour en bien user,... et considérer qu'ilz sont ordonnez pour commander des hommes faicts comme eulx à l'imaige de Dieu (2). » Au roi appartient le pouvoir législatif; mais tant que la loi est en vigueur, le prince doit l'observer (3); et avant de la promulguer, il la soumet à l'examen du Parlement, dont c'est « le propre debvoir, d'examiner avec respect et révérence les édicts et patentes du roy ». La cour, cependant, n'a que le droit de remontrances : car « y a trop de différence entre controller et fidellement conseiller, entre désobéyr et ne pas approuver ce qui est contre l'estat public (4) ». « Les édictz qui sont advisez par le conseil sont envoyez à la court *comme l'on a accoustumé de tousjours;* et les roys luy en ont voulu donner la cognoissance et délibération, pour user de remonstrances quand ilz trouvent qu'il y a quelque chose à remonstrer. Les remonstrances ont tousjours esté bien reçues par les rois et leur conseil. Mais quelquefoys on passe l'office de juges; ... et est advenu que en délibérant sur les édictz, le Parlement a retranché du tout ou en partie; et après avoir faict remonstrance et eu la volunté du roy, a faict le contraire... En cela, la cour oultrepasse sa puissance. Quand les remonstrances d'icelle sont bonnes, le roy et son conseil les suyvent, et changent les édictz; dont

(1) *Traité de la réformation de la justice*, p. 28-29.
(2) *Ibid.*, p. 90-91.
(3) *Ibid.*, p. 211.
(4) *Ibidem*, p. 210.

la cour se deust contenter, et en cest endroict cognoistre son estat envers ses supérieurs [1]. »

Les assemblées d'États généraux constituent un autre organe consultatif, plus imposant et de plus de poids encore que le Parlement lui-même ; « *l'ancienne coustume* de tenir les Estats » semble très bonne au chancelier, et il faut la conserver et maintenir. « Et n'est aultre chose tenir les estats, que communiquer par le roy avec ses subjects de ses plus grands affaires, prendre leur *adviz et conseil*, ouyr aussi leurs plaintes et doléances, et leur pourvoir ainsi que de raison. Cecy estoit anciennement appelé tenir le parlement. » Les affaires privées ayant été réservées à une compagnie de juges qui a conservé le nom du parlement, « les audiences publicques et générales, que le roy s'est réservées, ont pris le nom d'estats. Les estats estoient assemblez pour diverses causes, et selon les occurrences et les occasions qui se présentoient, ou pour demander secours de genz et deniers, ou pour donner ordre à la justice et aux gens de guerre,... ou pour pourvoir au gouvernement du royaulme, ou aultres causes [2]. » Le peuple « reçoit grand bien » de ces consultations nationales, et la majesté des rois n'en est nullement diminuée.

Les États généraux et le Parlement sont les organes consultatifs dont le roi est entouré traditionnellement pour gouverner *par très grand conseil :* le chancelier de L'Hospital est dans la pure tradition de la monarchie. Coutumière est la loi de succession à la couronne ; coutumier le droit de remontrances du Parlement ; coutumières les assemblées d'États généraux ; après les principes de justice et de religion, c'est toujours la coutume ancienne qu'il invoque.

Et cette conception du droit public est celle de la plupart

(1) *Harangue faite au Parlement de Paris*, le 12 novembre 1561 ; *Mémoires de Condé* (édition de 1739-45, 6 vol. in-4°), t. II, p. 529-530.

(2) *Harangue prononcée à l'ouverture des États généraux de 1560*, p. 378-379.

de ses contemporains. Après la conjuration d'Amboise, les huguenots révoltés protestent cependant qu'ils ne veulent « attenter aucune chose contre l'*état légitime* du royaume (1) » : et pour justifier leur révolte, ils prétendent que, le roi François II étant mineur, « il y a une loy en France, establie *par l'ancienne coutume* (2) », qui veut que les États généraux soient assemblés pour le « pourvoir d'un conseil », et que cette loi a été violée. Mauvais argument, il est vrai : Jean du Tillet n'a pas de peine à leur prouver qu'un roi âgé de seize ans est légalement majeur, et « que ledict seigneur administre son Estat *selon les loix du royaume*, tant vieilles que modernes (3) ». Ce qui nous importe ici, c'est de constater que tous, huguenots ou catholiques, invoquent l'autorité de l'ancienne coutume, des lois du royaume. C'est encore sur « les anciennes ordonnances (4) », que Marillac, archevêque de Vienne, se base pour opiner, dans l'assemblée de Fontainebleau (1560), en faveur d'une convocation des États ; et on pourrait multiplier les exemples.

Ainsi les deux partis, chacun de leur côté, invoquent les lois fondamentales. Mais qui a raison ? quelle est vraiment l'ancienne coutume ? que prescrivent exactement ces lois et statuts du royaume ? Autant de questions qui se posaient, et qui donnèrent aux recherches historiques une impulsion jusqu'alors inconnue.

(1) *Histoire de l'État de France... sous le règne de François II*, cité dans Weill, *Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion* (Paris, 1892, in-8°), p. 35.

(2) *L'Histoire du tumulte d'Amboise*, dans les *Mémoires de Condé*, t. I, p. 320.

(3) *Pour la majorité du Roy très chrétien, François II*, par Jean du Tillet, *ibid.*, p. 437.

(4) Weill, *op. cit.*, p. 41.

II

L'école historique : Du Tillet ; Pasquier ; Du Haillan.

Jean du Tillet, greffier au Parlement, peut être considéré comme le fondateur de l'école historique. Il avait entrepris, sous le règne de Henri II et pour ce prince, de reconstituer l'histoire de la France et de ses institutions, non plus sur les chroniques qu'il avait si souvent trouvées en défaut, mais sur les pièces originales : travail gigantesque qui ne fut jamais complètement achevé, mais auquel nous devons le *Recueil des traités d'entre les Roys de France et d'Angleterre* (1), présenté à Henri II, ainsi que l'atteste l'épître dédicatoire, et les *Mémoires et recherches touchant plusieurs choses mémorables pour l'intelligence de l'estat et des affaires de France*, dédiés à Charles IX au début de son règne (2). Du Tillet revient de son voyage dans le passé convaincu « qu'il n'y a empire, royaume, ny estat si bien policé » que celui de France, « qui est le plus noble et ancien de tous, et n'eust tant duré s'il eust esté desreiglé (3) ». Et il tient à faire part du résultat de ses travaux à ses contemporains, parce qu'il a vu avec douleur « que *l'ignorance de la vieille et bonne police engendroit nouveautés dangereuses*, lesquelles sont coustumières entrer plus aisément es royaumes et Estats divisés (4) ».

Quelle est donc cette ancienne police ? — La France est

(1) Paris, 1588, in-f°. — Les œuvres de Du Tillet n'ont été imprimées qu'après sa mort, survenue en 1570.

(2) Imprimés pour la première fois à Rouen, 1577, in-f° ; réimprimés sous le titre de *Recueil des Roys de France*..., Paris, 1580, in-f°. Je renvoie à l'édition de 1580.

(3) *Recueil des Roys de France*, épître liminaire.

(4) *Ibidem*.

pure monarchie ; « les roys de France ne tiennent leur estat et temporel que de Dieu, et aucun supérieur en terre ne recognoissent[1] » ; — « la républicque n'a qu'un corps, qui se doit gouverner par l'authorité du chef ordonné au ciel, et si autres l'avoyent sans luy, il y auroit pluralité de roys et confusion[2]. » — « Encores sont lesdicts roys pardessus leurs ordonnances et coustumes du royaume pour la souveraineté qu'ils ont : qui est à dire qu'ils en peuvent dispenser, changer et révoquer lesdites ordonnances : mais ce qu'ils sont ministres et lieutenans de Dieu responsables à luy et justiciables de luy, de la charge qu'ils ont du gouvernement de son peuple, quelque plénitude de puissance qu'ils ayent, elle doit estre par eux exercée avec équité et justice : et si leur puissance absolue n'y est reiglée, elle devient dissolue[3]. » Du Tillet s'en tient, pour ce qui concerne l'*exercice* de la souveraineté, à ce principe très général, sans dire un mot des coutumes particulières usitées en France, par exemple des assemblées d'États ou des remontrances du Parlement : c'est qu'il se réservait d'en traiter dans une autre partie de son œuvre, celle où il projetait d'exposer « ce qui touche les trois estats, et ordre de justice » du royaume, « avec les changemens y survenus[4] », et qui n'a jamais vu le jour. En revanche il développe assez longuement les règles de la succession au trône et des régences. La couronne est purement héréditaire ou successive, sans mélange d'élection[5] : la loi de succession est inviolable, et

(1) *Recueil des Roys de France*, p. 172.

(2) *Pour la majorité du roy très-chrestien...*, dans les *Mémoires de Condé*, t. I, p. 437.

(3) *Recueil des Roys de France*, p. 173.

(4) *Op. cit.*, épître liminaire, vers la fin.

(5) « Les mots d'élection estans en ladite vieille forme, et demourez en aucune oraison de la nouvelle des sacres et couronnement des roys doyvent estre prins et entendus pour déclaration ou acceptation et submission au roy esleu, désigné et prédestiné de Dieu, ...non pour aucun droit aux

le prince n'y peut déroger (1). Les femmes sont exclues, « non par la loy salique », mais « par coustume et loy particulière de la maison de France », reçue également sous les trois races (2). Quant à la régence, Du Tillet en établit les règles d'après les ordonnances de Charles V et de Charles VI (3).

Du Tillet fut le premier à rechercher dans l'histoire authentique les bases des institutions de la France. Sa méthode, d'ailleurs, comme ses idées politiques, sont d'un traditionaliste : il vise moins à déterminer avec précision l'origine première de telle ou telle coutume du droit public, qu'à bien mettre en lumière, par l'histoire, le véritable sens, la vraie portée de ces coutumes, pour couper court aux théories plus ou moins fantaisistes de certains de ses contemporains.

Il n'est pas le seul que les disputes passionnées des partis aient poussé alors vers les études historiques : à la même époque, Étienne Pasquier se livrait à des travaux du même

subjects de donner le royaume par leurs voix ou élection, car il a tousjours esté tenu héréditaire, ... et tel l'ont transféré à leur postérité ceux qui par la providence divine (à laquelle seule appartient mettre et oster les roys) y ont faict les mutations. » (*Op. cit.*, p. 185.)

(1) A propos du traité de Troyes, Du Tillet écrit, en s'inspirant du *Mémoire* de Jean Juvénal des Ursins (rapporté ci-dessus p. 62) : « Charles VI n'estoit qu'administrateur, non seigneur ou propriétaire (de la couronne) ; et quant il eust eu le plus clair et sain entendement du monde, il n'en eust peu priver ledit sieur daulphin son filz, auquel par loy elle estoit affectée, et devoit escheoir sans tiltre d'hoirrerye, parquoy exhérédation, confiscation, ou indignité n'y pouvoient avoir lieu pour crime ou cas que ce feust. Car en France le roy ne peut oster à son filz ou plus prochain ladite couronne s'il ne luy oste la vye : encores luy mort elle viendra à ses descendans masles s'il en a. » (*Recueil des traictez d'entre les Roys de France et d'Angleterre*, f° 114 v°.)

(2) *Recueil des Roys de France*, p. 214. « Qui voudroit régler la couronne selon icelle (la loi salique), mesdames filles de France au défaut des fils la prendroient. »

(3) *Ibidem*, p. 200-202, 222-223.

genre, et publiait bientôt ses *Recherches de la France*, dont le premier livre parut en 1561[1]. Pas plus que dans les œuvres de Du Tillet, il n'y faut chercher un système politique coordonné *a priori* : l'auteur est historien avant tout. Néanmoins sa pensée touchant les *lois du royaume* se dégage clairement : elles tirent toute leur force de leur antiquité et de l'autorité que les rois eux-mêmes leur donnent en les observant : « grande chose véritablement, et digne de la majesté d'un prince, que nos roys (ausquels Dieu a donné toute puissance absolue) ayent d'ancienne institution voulu réduire leurs volontez sous la civilité de loy[2] ». La plupart de ces lois ont été introduites par les rois eux-mêmes, on se perdent dans la nuit des temps. Les grandes assemblées carolingiennes, auxquelles succéda le *parlement* des premiers capétiens, puis le Parlement tel qu'il est au XVIᵉ siècle, et qui ont toujours eu pour fonction essentielle le soin des affaires publiques et la vérification des édits[3], sont « une notable police, introduitte par Pépin et Charlemagne[4] » ; « l'entretènement des Parlemens en leur auctorité et grandeur, le renouvellement de la loy salique », l'introduction des apanages, l'inaliénabilité du domaine, etc., sont l'œuvre des premiers capétiens[5]. « Le principal retenail de toute la monarchie[6] », c'est le Parlement ; il est comparable au Sénat de l'ancienne Rome[7] ; c'est lui qui est le seul vrai continuateur des assemblées carolingiennes. « Car tout ainsi que sous Charlemagne et ses successeurs ne s'entreprenoit chose de conséquence au royaume que l'on ne fît assemblée de prélats

(1) Le livre second parut en 1565. — L'édition consultée est celle de Paris, 1611, in-4°.

(2) *Recherches de la France*, liv. II, ch. 4, p. 83.

(3) *Ibid.*, p. 81 ; ch. 3, p. 62 ; etc.

(4) Liv. II, ch. 1, p. 56.

(5) *Ibid.*, et p. 57.

(6) Liv. II, ch. 4, p. 83.

(7) Liv. II, ch. 6, p. 104.

et de barons, pour avoir l'œil sur ceste affaire : ainsi le Parlement estant arresté, fut trouvé bon que les volontez générales de nos roys n'obtinssent point lieu d'édicts, sinon qu'elles eussent esté vérifiées et émologuées en ce lieu (1). » Les États généraux sont beaucoup moins anciens : ils sont une « invention » de Philippe le Bel : ils ne servent qu'à tirer des subsides de la nation, — c'est uniquement pour cela qu'on y a appelé le troisième état, « contre l'ancien ordre de la France », — et leurs assemblées n'ont jamais eu d'autre résultat (2).

Telles sont les idées de Pasquier. Un autre savant histo-

(1) Liv. II, ch. 4, p. 81. — Cette théorie sur les pouvoirs politiques du Parlement n'est pas nouvelle : elle est courante chez les écrivains parlementaires depuis le commencement du siècle. Budé, qui fut maître des requêtes sous François Ier, compare le Parlement au Sénat de l'ancienne Rome, qui homologuait les plébiscites : il est le « modérateur et l'arbitre » des édits du prince. — Papon, vers la même époque, écrit aussi que « le prince, pour dresser ses édits, doit avoir l'avis *du Sénat*, et selon ce qu'il plaira audit Sénat ordonner et décerner ; et procédant autrement et sans cela, ne sont ses ordonnances fermes et dignes de loi ». Car « anciennement les rois procédaient aux édits de l'avis des gens des trois états, et iceux assemblés et ouis », et les cours souveraines « représentent les états de France depuis quelque temps que l'on a fait perdre l'usage d'assembler et d'ouir lesdits états ». Les édits faits avec l'approbation du Parlement « sont ce que l'on dit *Placita* ». La publication des édits sur l'ordre du prince et sans libre délibération est « *frustratoire* ». — Grimaudet (mort en 1558) professe une théorie analogue. « De la vérification par la Cour dépend l'autorité des édits... Pourquoi la cour raisonnablement délibère sur la vérification des édits du roi, et quelquefois par ci-devant a iceux *modifiés* et *limités*, aussi quelquefois a *refusé* la vérification d'iceux, pour ne sembler être justes et raisonnables. Et sur les commandements réitérés de procéder à la vérification des édits refusés, la grandeur des rois a été de recevoir gracieusement les remontrances de la Cour, et déférer à icelles comme à un conseil très-saint. » (Voir ces différents textes cités plus au long dans les *Maximes du Droit public françois*, Amsterdam, 1775, 6 vol. in-12, t. IV, p. 65-73.) — Le passage de Pasquier donné au texte a eu une fortune aussi grande que la théorie des trois freins de Seyssel ; on le retrouve textuellement copié dans Miraulmont, dans La Roche-Flavin, dans les remontrances du Parlement (notamment au XVIIIe siècle), etc.

(2) Liv. II, ch. 7, p. 108-110.

rien, Du Haillan, dans son *Estat et succès des affaires de France*, paru vers la même époque, en 1570, se propose, lui aussi, de montrer « comment ce royaume est composé, comment la majesté et puissance des rois est *limitée par bonnes lois qu'eux-mesmes ont faictes*, et ausquelles ils se sont voulu soubsmettre, sans les vouloir outrepasser [1] ». Avant d'aller plus loin, remarquons que cette idée, que les *lois du royaume* ont été, à l'origine, l'œuvre des rois [2], et que, comme il dépendait d'eux de les faire, c'est aussi par pure complaisance qu'ils les observent, est une idée assez nouvelle ; Pasquier et Du Haillan s'éloignent en cela de l'antique tradition dont nous avons suivi la trace pendant sept cents ans ; la même idée perçait déjà chez Claude de Seyssel [3]. Au fond, je le sais, Du Haillan et Pasquier sentent bien que toute l'autorité des règles du droit public vient du temps qui les a confirmées ; Du Haillan, nous allons le voir, le proclame formellement ; pourtant cette simple phrase jetée en passant est l'indice d'une transformation profonde, déjà commencée, de l'*absolutisme* royal. On sent l'influence des Ferrault, des Grassaille, de tous les théoriciens partisans de l'*autocratie*, qui professaient leur doctrine outrée au temps même où la monarchie de François Ier et de ses successeurs commençait à la prati-

(1) *De l'Estat et succès des affaires de France* (Paris, 1570, in-8°). Épître dédicatoire.

(2) « La France doit la grandeur qu'elle a à la race de Hues Capet. C'est celle-là, qui lui a donné les loix civiles et politiques, qui a ordonné et estably le solide estat de la France... Et comme l'un y a mis une chose, l'autre une autre, à la longue cest estat s'est rendu si bien composé, estably, que par ses belles loix, constitutions, polices, règlemens et ordonnances,... tous les remèdes qui guérissent les maux des estats, ont esté apprestés pour subvenir et remédier aux inconvéniens qui lui pourroient advenir, et est lié de toutes les chaînes et liens, qui tiennent forts les estats » (*op. cit.*, liv. II, f° 78 v°).

(3) Ci-dessus, p. 74.

quer : tendance que fortifièrent, par réaction, les troubles civils et les révoltes suscitées par les protestants.

Du Haillan a une théorie curieuse sur la nature et l'origine des lois fondamentales, au moins de certaines d'entre elles. C'est à propos de la loi salique qu'il l'expose. Cette loi, dit-il, n'est pas aussi ancienne qu'on le prétend ; les Français, pour lui donner plus de lustre, disent qu'elle a été faite par Pharamond, mais c'est une erreur, et elle a été « inventée, ou par Philippe le Long, ou par Philippe de Valois, pour se faire rois » ; car « il ne se trouve en aucun monument antique, qu'il s'en soit jamais auparavant parlé ». En est-elle moins bonne et moins stable ? nullement. Cette « si honorable constitution », « est assez ancienne loy, puisqu'elle est receüe d'une si grande antiquité, comme depuis la mort de Loys Hutin... Elle est assez ancienne et assez émologuée et receüe, et se peult dire vraye loy, puisqu'il y a trois cens ans qu'elle est faicte, *car les loix ne sont receües, ny authorisées que par le temps*, et quand une fois une loy a esté mise à effect, elle sert de préjugé pour l'advenir. » C'est donc le *temps* qui fait toute la force des lois, surtout de celles du droit public : si on recherche leur origine, « *la plupart des loix du droict des royaumes et estats, ne sont fondées que sur la force* » : et la loi salique, qui « n'a vigueur en France *que par la force* », et qui n'en est pas moins « belle, admirable et proffitable », en est un bon exemple (1).

Qu'on ne croie pas que Du Haillan se contredise en plaçant l'origine des lois du droit public dans l'usurpation après l'avoir placée dans le légitime pouvoir législatif du roi : ce n'est pas des mêmes lois qu'il est question : les lois de dévolution du pouvoir, de succession à la couronne ont généralement leur source dans une usurpation, — les lois qui restreignent le pouvoir des rois ont pour auteurs les rois

(1) *Op. cit.*, f° 101 r° et v°.

eux-mêmes, — les unes comme les autres n'ont de valeur que par le temps qui les a confirmées : telle est l'idée de Du Haillan.

Que faut-il penser de cette doctrine ? Nous le verrons dans un autre chapitre. Remarquons seulement dans cet exposé historique, que ce qui est surtout nouveau ici, c'est la *recherche des origines* des lois fondamentales. Jusqu'alors, on se contentait de constater que telle ou telle règle, procédure, etc., était passée en coutume ; l'existence de la coutume étant établie, on se souciait peu de connaître son origine ; la coutume portait en elle-même sa justification, — les conditions intrinsèques de moralité, de convenance, etc., étant, bien entendu, remplies. Il y avait bien la théorie scolastique de l'*ordonnance primitive du peuple* : mais comme il était impossible de retrouver cette ordonnance primitive (et pour cause), la coutume demeurait la seule règle de droit [1].

Au XVI[e] siècle, les discussions passionnées des partis qui s'opposent mutuellement *les lois du royaume*, poussent les uns et les autres à rechercher leur valeur exacte et leur origine. C'est ce que ne faisaient point les anciens publicistes. Peut-être que s'ils s'étaient livrés à cette enquête, ils auraient fait la même réponse que Du Haillan. Au fond sa doctrine est la même que la leur : pour les uns comme pour les autres, c'est le temps qui est le grand législateur.

Au reste, la monarchie de Du Haillan est la même que celle de Seyssel, à qui il emprunte des passages entiers. « Bien que ce soit une monarchie, si est-ce que par l'institution d'une infinité de belles choses politiques qui la rendent florissante, il semble qu'elle soit composée des trois façons de gouvernement, c'est à sçavoir de la monarchie, de l'aristocratie, et de la démocratie. Premièrement, il y a le roy qui est monarque, et bien qu'il ait toute puissance et authorité

(1) Cf. le *Songe du Vergier*, ci-dessus, p. 45-46.

de commander et faire ce qu'il veult, si est-ce que ceste grande et souveraine liberté est réglée, limitée et bridée par bonnes loix et ordonnances, et par la multitude et diversité des officiers ; ... ne lui estant tout permis, ains seulement ce qui est juste et raisonnable, et prescript par les ordonnances et par l'advis de son conseil...

« Les douze Pairs de France, les conseils secret, privé et grand, les Parlemens, les chambres des Comptes, les généralités des charges sont aristocratiques : et les Estats tenus par chacun an aux provinces, les mairreries des villes, les échevinages, les consulats, les jurades, les capitolats, et les marguilleries des villages sont démocratiques [1]. »

Un peu plus loin, revenant sur « la police généralle », qui est l'un des « freins et brides qui guident l'estat du royaume de France [2] », — on reconnaît les expressions mêmes de Seyssel, — il caractérise ainsi le pouvoir royal et les diverses institutions qui l'entourent : « Quant à ce qui est de la majesté du roy, il a toute puissance en ce qui touche la paix et la guerre, convoque et tient les estats du royaume, selon l'ancienne observance et coustume d'iceluy, quand il voit en estre besoing, pourvoit à tous offices, dispose des finances, et les employe où les affaires publics le requièrent, fait luy seul loix, et les interprète, mande ambassades aux pays estranges, distribue les honneurs, ottroye les récompenses, donne les grâces et rémissions, et fait les punitions par gens de justice. Et bien qu'il ait puissance absolue de toutes les choses susdictes, si est-ce qu'il en fait bien peu sans l'advis de son conseil : et bien souvent ce qu'il a dit, donné et accordé, est révoqué, cassé et rescindé par l'authorité d'iceluy [3] ». Le nom et la « façon » de ce conseil ont varié avec le temps. « Nos premiers rois appeloient leurs

(1) Liv. II, f°s 78 v° et 79 r°.
(2) Liv. II, f° 82 r°.
(3) *Ibid.*, f°s 82 v° et 83 r°.

conseils Parlemens, qui estoient composés des princes, seigneurs et plus notables personnages de leur royaume, ausquels se traittoient tous affaires... Et ceux qui ont voulu discourir sur l'estat de ce royaume, ont estimé que de ceste commune police qui estoit mitoyenne entre le roy et le peuple, dépendoit toute la grandeur de la France [1]. » Ceci est une réminiscence de Pasquier : Du Haillan lui emprunte [2] toute son histoire du Parlement. Le Parlement est « un vray sénat romain [3] » ; les rois font passer « leurs édits et décrets par l'alambic de cest ordre public [4] ». Mais Du Haillan ne partage pas le mépris de Pasquier pour les États généraux ; il les considère, eux aussi, comme les successeurs des anciens parlements, institués pour que « les plaintes et doléances » qui s'y faisaient, et que ne pouvait recevoir la cour de justice à qui resta le nom de Parlement, fussent remises à cette assemblée, qui fut « baptisée d'un nouveau nom, et appelée les trois Estats : tenir les Estats est ce mesme qu'estoit jadis tenir le Parlement [5] ». Du Haillan indique ensuite quelles sont les prérogatives des États, quelle est leur utilité, en quels cas on les convoque ; nous ne le suivrons pas dans cet exposé, qu'il emprunte textuellement au chancelier de L'Hospital [6].

(1) *Ibid.*, f° 83 r°s et 86 r°.
(2) *Ibid.*, f°s 84 à 88.
(3) *Ibid.*, f° 80 r°.
(4) *Ibid.*, f° 87 v°.
(5) *Ibid.*, f° 89 r°.
(6) *Ibid.*, f° 89 r°s et 90. — Cf. *supra*, p. 80.

III

La *Franco-Gallia* de François Hotman ; son influence.

Quelques années seulement après l'*Estat et succès*, en 1576, Du Haillan publiait un second ouvrage beaucoup plus volumineux, l'*Histoire générale des Roys de France*. On y trouve aussi une doctrine politique : mais elle est bien différente de celle que nous venons d'exposer, à tel point qu'il est impossible de réunir l'une et l'autre dans une commune étude. Comment expliquer un pareil changement ? Un événement, — car c'en fut un, et de la plus haute importance dans l'histoire des doctrines politiques, — était survenu : en 1573, parut la *Franco-Gallia* de François Hotman.

C'est dans la *Franco-Gallia* que pour la première fois l'histoire elle-même fut accommodée aux exigences de la théorie scolastique de l'origine de la souveraineté et des lois fondamentales. Cette doctrine s'était perpétuée dans l'École ; au début du siècle, Jean Major et Jacques Almain, pour ne citer que deux célèbres docteurs de l'Université, l'enseignaient avec éclat [1]. Les premiers pamphlets protestants qui atta-

(1) Jean Major : « In regno et in toto populo libero est suprema et fontalis potestas inabrogabilis ; in rege vero, potestas ministerialis honesto ministerio... Populus virtualiter est super regem, et in casu, ut in rebus arduis, in quibus convocantur tres status regni, qui regem in casibus habent dirigere... Populus liber pro rationabili causa potest politiam mutare ». (*Disputatio de authoritate concilii*, en appendice dans les *Œuvres* de Gerson, éd. Ellies du Pin, t. II, col. 1142 et 1139.) — Jacques Almain : « Potestas qua rex utitur est potestas communitatis » ; c'est la communauté qui organise la constitution avant même de transmettre le pouvoir à une personne déterminée : « Instituere namque potestatem, est ordinare, quod in communitate sit aliqua potestas tanta et talis, ad tot casus, ad talem populum, et sic de similibus, et talis institutio tempore præcedere potest communicationem certæ personæ ». (*De autoritate Ecclesiæ ; loc. cit.*, col. 979 et 980.)

quèrent dogmatiquement l'autorité royale n'eurent qu'à emprunter leurs arguments aux écoles catholiques. Avant 1572, les libelles de ce genre sont rares : on invoque plutôt les *lois du royaume* que des principes *a priori*. C'est seulement après la Saint-Barthélemy que les huguenots, abandonnant leur ancienne tactique, qui consistait à affirmer hautement leur soumission à l'autorité royale tout en prenant les armes (1), attaquent en face la royauté elle-même. Mais tandis que les simples pamphlétaires se soucient peu du droit établi, François Hotman entreprend de montrer que la vraie constitution de la France, si on la connaissait bien et si on la respectait, est entièrement conforme aux principes démocratiques dont on n'a jamais parlé qu'*in abstracto*. Puisqu'il est certain qu'à l'origine les peuples organisent à leur gré leur gouvernement, il a dû en être ainsi pour la France ; il n'y a qu'à creuser l'histoire pour découvrir cette vérité : ainsi a pensé Hotman. Et il a interrogé l'histoire, et il l'a même pliée à sa doctrine politique.

On ne saurait, dit-il dans sa préface (2), se figurer avec quelle sagesse nos pères avaient constitué l'État (3). Deux races ont concouru à former la nation française, les Gaulois et les Francs : tous deux étaient des peuples libres. Chez les Gaulois (avant la conquête romaine), la royauté était élective, et « les rois n'avaient pas un pouvoir infini, absolu, et sans frein, mais au contraire si bien limité par des lois

(1) Cf. Weill, *op. cit.*, p. 79-81.

(2) Je renvoie à l'édition de Francfort, 1665, in-8°. La première édition (1573) ne comprenait que vingt chapitres ; la troisième (1574) en contenait vingt-et-un ; la quatrième (1586) est la première édition complète : elle comprend vingt-sept chapitres. — La préface est de 1573. — Cf. l'excellente analyse de M. Cougny dans son *François Hotoman, la France-Gaule* (Paris, 1874, in-8°), à qui j'ai emprunté quelques mots.

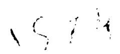
(3) « ...Quantam majorum nostrorum *in constituenda republica* nostra sapientiam. » Cette expression et cette idée reviennent souvent dans la Franco-Gallia.

positives (*certis legibus ita circonscriptum*), qu'ils n'étaient pas moins sous l'autorité du peuple, que le peuple sous la leur [1]. » De même chez les Francs, les rois n'étaient à l'origine « ni des tyrans, ni des bourreaux, mais des gouverneurs, des tuteurs, gardiens et défenseurs des libertés nationales [2] ». Sous les mérovingiens, la royauté resta élective, et c'est d'ailleurs le meilleur système ; la nation, en qui résidait le pouvoir souverain, le déléguait librement à ses chefs, et elle pouvait également le leur retirer ; c'est dans l'assemblée du peuple ou conseil général des États qu'elle exerçait son pouvoir [3]. Il est vrai que la coutume s'établit peu à peu que la couronne de France-Gaule fût héréditaire, mais il est certain qu'aucune loi positive ne fut faite sur ce point [4] ; que le royaume ait passé comme un héritage des pères aux fils, c'est ce qu'on ne peut admettre en termes absolus, mais seulement avec cette restriction : « si les prétentions des fils étaient approuvées par l'assemblée des États [5] ». Une des conditions à remplir, dans les premiers temps de la monarchie, aurait été, selon Hotman, d'être âgé d'au moins vingt-quatre ans : si le fils du roi défunt n'avait pas cet âge, l'assemblée nationale ne pouvait pas le faire roi

(1) Cap. I, p. 9.

(2) Cap. V, p. 55-56.

(3) Cap. VI et VIII : « Cum penes populi comitia, et publicum gentis concilium non modo deferendi, verumetiam adimendi regni summa potestas esset... » (p. 94). Une traduction contemporaine, attribuée à Simon Goulart (*La Gaule françoise de François Hotman, jurisconsulte ; nouvellement traduite de latin en françois ;* Cologne, 1574, in-8°), donne : « Puisqu'ainsi est, que l'assemblée du peuple, et le conseil général des estats de la France, avoyent souveraine puissance, non seulement de donner, mais aussi d'oster la dignité royale... » etc. (p. 72).



(4) Cap. IX, p. 103 et 105 : « Certum hac de re jus Francogalliæ nullum reperio. » Et un peu plus loin : « Perspicuum est, nullum antiquitus certum hac de re jus in Francogallia fuisse » (p. 112). Le chap. IX est un de ceux qui ont été ajoutés seulement en 1586.

(5) Cap. IX, p. 108.

à la place de son père [1]. De plus les femmes étaient, comme elles le sont encore, exclues du trône, non pas en vertu de la loi salique, qui était une loi du droit privé, mais en vertu de la coutume, « car les us et coustumes du pays inviolablement entretenues et autorisées par un continuel usage de tant de siècles doyvent obtenir vigueur et autorité de loy [2] ». On voit qu'ici Hotman accorde beaucoup plus de valeur à la coutume qu'il ne l'avait fait à propos de l'hérédité ; les contradictions lui coûtent peu, et nous en rencontrerons encore un bel exemple. Exclues du trône, les femmes devraient l'être également de la régence, puisque régence il y a, maintenant qu'on admet que même en bas âge, le fils du roi succède à son père : malgré cela, « il appert par les exemples qui ont autrefois esté pratiquez en France, que le royaume a esté quelquefois administré par les roynes, et principalement par celles qui estoyent vefves et mères de jeunes roys [3] ». Cela est inadmissible, aux yeux d'Hotman ; la minorité d'un jeune roi est l'occasion où le droit sacré de l'assemblée nationale doit s'exercer dans toute sa plénitude ; les régences des reines mères, en tous cas, ont toujours été néfastes ; — Hotman n'épargne même pas Blanche de Castille : ses idées politiques en cette matière se ressentent fortement de la haine des protestants contre Catherine et ses deux fils.

Au reste, la monarchie des *Francsgaulois*, héritière de la liberté des Gaulois et surtout des Francs (Hotman cite à ce propos le mot fameux de Tacite, *regibus non infinita aut libera potestas*), avait une constitution pure de toute tyrannie, comme le veut Aristote en sa Politique [4] ; « la souveraine

(1) Cap. IX, p. 106-108.

(2) Cap. X, p. 118 ; *trad. cit.*, p. 85-86. — Hotman appelle cette loi, *loi royale* (*lex regia*).

(3) Cap. XXVI ; *trad. citée*, p. 182.

(4) Cap. XII, p. 129.

et principale administration du royaume appartenait à la générale et solennelle assemblée de toute la nation qu'on a appelée depuis l'assemblée des trois estats (1). » Quant au conseil ordinaire et permanent que les rois ont auprès d'eux, et par l'avis duquel ils disent aujourd'hui qu'ils gouvernent, il ne présente aucune garantie : « premièrement c'est autre chose, d'estre du conseil du royaume, et autre chose d'estre du conseil privé du roy ; car le premier tend à pourvoir au bien de toute la république universellement, l'autre ne pense qu'à servir aux commoditez et avantages d'un homme (2) » ; et ensuite ce conseil étant fixé en un lieu, ou du moins à la cour du prince, ne peut connaître bien l'état et les besoins des cités éloignées (3). A l'appui de sa thèse sur le pouvoir des assemblées nationales, Hotman cite (4) un assez grand nombre de textes anciens ; les publicistes du XVIIIe siècle, qui pilleront la *Franco-Gallia* sans la nommer, ne feront souvent que les reprendre en les complétant. On peut, ajoute-t-il, de là aisément conclure que « ceste liberté tant belle de tenir assemblées générales » est du droit des gens, et que les rois qui « par mauvaises pratiques et cautelles oppriment ceste sainte liberté » doivent être regardés comme des tyrans (5).

L'assemblée nationale, appelée *placitum*, et en dernier lieu Cour de Parlement, ou parlement des États, a conservé

(1) Cap. XII, p. 133-134 : « Summam regni Francogallici administrationem penes publicum et solenne gentis concilium fuisse : quod posterior ætas conventum trium statuum appellavit. » — *Trad. citée*, p. 96-97.

(2) Cap. XII, p. 140 ; — *trad. citée*,, p. 101.

(3) *Ibidem*.

(4) Non seulement dans ce chapitre, mais dans plusieurs autres : son traité est loin d'être méthodiquement ordonné. — Cf. sur la valeur de cette démonstration, Cougny, *op. cit.*, p. 38.

(5) Cap. XII, p. 156-157 : « Perspicuum est non modo præclaram illam communis concilii habendi libertatem esse juris gentium, verumetiam reges qui malis artibus illam sacrosanctam libertatem opprimunt, quasi juris gentium violatores, et humanæ societatis expertes, jam non pro regibus, sed pro tyrannis habendos esse. » — *Trad. citée*, p. 106-107.

sous les Carolingiens et les « Capévingiens » l'autorité qu'elle avait sous la première race (1). Rentrent dans sa compétence : l'élection et la déposition du roi, la guerre et la paix, la confection des lois, les nominations aux grandes charges publiques, les attributions d'apanages, ou de douaires pour les filles, les monnaies, enfin toutes les affaires qu'on appelle vulgairement *affaires d'États* (2). La formule *car tel est notre plaisir* n'est autre qu'une ancienne formule, *Quia tale est nostrum placitum*, détournée de son vrai sens « par ignorance ou plustost malicieusement et de propos délibéré » par les secrétaires royaux : « au lieu qu'il la falloit translater : *Car telle est nostre résolution ou arrest pris avec le conseil de nos Estats* (3) ». Quant au Parlement, qui a usurpé l'autorité des anciens *parlements des États* en se parant de leur nom, Hotman n'a pas assez d'indignation et de sarcasmes contre lui (4). « Sous le mesme règne des descendans de Hugues Capet, il s'est eslevé un estat incognu à nos ancestres, qu'on ne sçauroit mieux appeler qu'un royaume de Plaiderie (*regnum rabularium*), qui ne mérite pas que je l'oublie icy... Il y a doncques aujourd'huy je ne sçay quelle manière de gens, qui a la vogue par toute la France, que les uns appellent gens de justice, les autres praticiens, lesquels, depuis trois cents ans en ça ou environ, ont si bien sceu jouer leur personnage, et ont fait tant de bons tours d'habileté et de soupplesse qu'ils ont non seulement mis sous leurs pieds et supplanté toute l'authorité du Concile des Estats,

(1) Cap. XVIII et XXI.

(2) « ... Quæ vulgus etiam nunc *negotia statuum* populari verbo appellat. » Cap. XIV, p. 171-172. — Hotman ne parle pas des impôts ; mais il est évident qu'ils rentrent à plus forte raison encore, dans le nombre des affaires dont les États doivent décider.

(3) *Ibid.*, p. 183-184 ; *trad. citée*, p. 122. — Hotman, pourtant, ne donne cette explication que comme une conjecture « non absurde ».

(4) Hotman poursuit en lui le promoteur ou l'instrument implacable de la persécution religieuse, remarque M. Cougny, p. 47.

mais aussy ont contraint tous les princes du royaume, voire mesme la majesté du roy de passer sous leur main et de s'humilier sous leur grandeur... Finablement toute la prérogative, toute la puissance et autorité dont avait joui par tant d'années le Concile des Estats, ce Parlement supposé l'a toute tirée et usurpée à soy : et pour s'y maintenir a donné ordre que les roys fussent de la Compagnie (1) ». Cette usurpation, ajoute Hotman, a été encouragée par les Capétiens, qui ont cherché ainsi à abaisser la puissance des États : et c'est pour cela qu'ils « lui donnèrent de grandes prérogatives, et premièrement ordonnèrent qu'il n'y auroit loy ni ordonnance royale qui fust valable, que premièrement elle n'eust esté approuvée, vérifiée et autorisée par ces conseillers icy (2) ».

Telles sont les idées d'Hotman : à côté de l'histoire, la passion et l'esprit de parti y ont une bonne part. Quoi qu'il en soit, et que le tableau soit plus ou moins fidèle, c'est à cette ancienne constitution qu'Hotman voudrait ramener la France. Il la résume dans son chapitre XXV (un de ceux qui parurent pour la première fois en 1586), et cette énumération des *lois du royaume* (*leges regiæ*) vaut la peine d'être citée (3).

« Nous croyons, dit-il d'abord, avoir assez montré que les Francsgaulois n'ont pas concédé à leurs rois un pouvoir illimité, mais qu'au contraire ils les ont soumis à des engagements et à des lois positives, dont la première et la plus essentielle est qu'ils conservent sacrée et inviolable l'autorité de l'assemblée nationale. Les lois auxquelles les rois de France sont astreints sont donc les suivantes, — et nous ne mentionnerons (ajoute Hotman), que les principales, celles que personne ne peut révoquer en doute.

(1) Cap. XXVII, p. 318 et s. ; — *trad. citée*, p. 197, 201.
(2) Cap. XXVII, p. 325; — *trad. citée*, p. 200-201.
(3) P. 283-291. Je ne donne au texte qu'une traduction abrégée.

« Première loi. — Il n'est pas permis au roi de décider des affaires qui intéressent tout l'État sans le consentement de l'assemblée nationale (*sine publici concilii auctoritate*), *auctoritas* dont l'enregistrement au Parlement n'est plus qu'un vestige.

« Deuxième loi. — Le roi n'a pas le droit d'adopter un fils, ni de disposer du royaume soit entre vifs, soit par testament ; la coutume ancienne établie pour la succession au trône doit être observée. » Hotman s'appuie ici sur l'autorité de Jean de Terre-Rouge, dont il cite un passage.

« Troisième loi. — A la mort du roi, la couronne doit être déférée à son fils aîné ; le roi ne peut instituer un cadet à la place de l'aîné, ni désigner un autre successeur. Car l'aîné a, par le seul bénéfice de la loi, un droit acquis à la couronne ; il ne la tient pas de son père, mais de la loi faite par les anciens Français (*sed legibus atque institutis majorum*) ; selon Jean de Terre-Rouge (dont Hotman cite le texte en l'altérant un peu), il l'acquiert par la seule vertu de la *loi immuable du royaume* (1). » Il faut remarquer ici avec quelle facilité Hotman se contredit lui-même : il déclarait tout à l'heure qu'il appartenait à l'assemblée nationale de donner et de reprendre le souverain pouvoir, et que la succession héréditaire était un simple usage, mais non une véritable loi (2). C'est qu'en 1586 la situation était tout autre qu'en 1573 : il s'agissait de défendre les droits d'un héritier présomptif que sa qualité de protestant, aux yeux de la plus grande partie de la nation, excluait du trône : le roi de Navarre était devenu le futur roi de France.

« Quatrième loi. — Les filles ni les femmes ne peuvent

(1) « Solum virtute legis immutabilis regni ».

(2) Ci-dessus, p. 94. — Le chap. IX, un de ceux où il nie l'hérédité, au moins en tant que loi positive, est cependant de la même date que le chap. XXV (1586) : il aura cru ne pouvoir se dispenser de le mettre d'accord avec ses voisins immédiats.

succéder à la couronne ; l'agnat le plus prochain du roi prédécédé doit leur être préféré, même s'il est de degré plus éloigné qu'elles.

« Cinquième loi. — Il est interdit au roi d'aliéner sans le consentement des États aucune portion du domaine de la couronne, dont l'usage lui a été donné pour soutenir la dignité royale ; le roi n'a sur le domaine que les pouvoirs d'un mari sur la dot de sa femme (1).

« Sixième loi. — Le roi de France ne peut exercer le droit de grâce, en matière capitale, que sous l'autorité du Parlement.

« Septième loi. — Il n'est permis au roi de destituer aucun magistrat du royaume (*magistratum aliquem regni, sive reipublicæ Franciæ*), sans que sa cause ait été instruite et jugée en cour des Pairs. » Hotman a établi ailleurs (2) une distinction, — du reste sans fondement réel, — entre les officiers *du roi*, comme les chambellans, les maîtres d'hôtel, le grand veneur, — et les magistrats *du royaume* et de l'État, comme le connétable *de France*, l'amiral *de France*, le chancelier *de France*, etc. Ce sont évidemment les officiers de cette seconde catégorie qui sont visés dans la septième loi.

« Huitième loi. — Le roi n'a pas le droit de changer les monnaies sans le consentement (*auctoritas*) des États. »

Telle est la constitution que François Hotman rédige pour la France, d'après ses institutions primitives, telles du moins qu'il les comprend. Nous ne pouvons entrer ici dans une discussion, même sommaire, des idées historiques d'Hotman. Quant à sa conception des lois fondamentales, de leur nature et de leur origine, elle ressort assez clairement, malgré les atténuations qu'il se trouve parfois obligé

(1) Hotman développe cette idée dans le chap. IX, qui date aussi de 1586. La comparaison du domaine et de la dot n'est pas originale : on la trouve déjà, en 1572, dans le *De domanio Franciæ* de Choppin.

(2) Cap. XIX, p. 237-238. — Ce chapitre parut seulement en 1586.

d'y apporter : elles sont l'œuvre des anciens *Francsgaulois*, qui ont organisé l'État librement, et ont eu la sagesse d'instituer une sorte de gouvernement parlementaire où le roi règne et ne gouverne pas : l'État, la *république* (respublica) est tout, le roi n'est presque rien.

La *Franco-Gallia* eut un retentissement énorme. Tous les publicistes de la fin du XVIe siècle subissent son influence. Les libelles protestants s'en inspirent, les historiens royalistes, comme Belleforest (1), la réfutent au nom de l'histoire, les juristes comme Bodin ou Grégoire de Toulouse la réfutent au nom de la science politique : c'est bien elle et sa thèse « pernicieuse » qu'ils ont en vue. L'impression qu'elle faisait sur tous fut telle, que des hommes qui connaissaient l'histoire aussi bien et mieux qu'Hotman, — ainsi Du Haillan, — se laissent ébranler, font des concessions, et admettent des idées qu'ils auraient rejetées avant l'apparition de la *Franco-Gallia*.

Les théories politiques de Du Haillan dans son *Histoire générale*, parue trois ans après la *Franco-Gallia*, ne sont plus du tout, sur certains points au moins, celles que nous avons trouvées dans son *Estat et succès des affaires de France*. En 1570, il fondait toute l'autorité des *lois du royaume* sur la coutume et sur le temps : en 1576, il admet qu'elles ont été décrétées *a priori* : les Francs, « voulans choisir et establir une manière de gouvernement de leur Estat, eurent sur iceluy plusieurs contentions : car les uns vouloient qu'il fust réduit en monarchie, et les autres en aristocratie... Sur quoy en l'assemblée publicque faicte à cette occasion, un d'entre eux nommé Charamond, parla de cette façon en faveur de la monarchie (2). » Et Du Haillan lui prête un long discours

(1) Belleforest, *Grandes Annales de France*, Paris, 1579, 2 vol. in-f°. Sa doctrine politique est celle de Claude de Seyssel. Cf. Weill, *op. cit.*, p. 184-189.

(2) *Histoire générale des Roys de France*, t. I, p. 2. — Je renvoie à l'édition de Paris, 1615, 2 vol. in-f°.

à la Tite-Live, où, après un scolastique parallèle du roi et du tyran, on lit notamment ceci : « Il ne faut craindre que celuy que nous eslirons tombe en tyrannie, ny qu'il nous contraigne de le chasser : car *nous le briderons si bien par les loix*, qu'il ne pourra faire mal, quand bien il voudroit [1]. » Après un long débat, les Francs se rangent à cet avis, et font roi Pharamond. Aussi bien, « jusques à Hues Capet, tous les roys de France ont esté esleus par les François, qui *se réservèrent* cette puissance d'eslire, bannir et chasser leurs roys [2] » : si l'hérédité s'est peu à peu établie, c'est par la tolérance de l'assemblée nationale.

L'influence d'Hotman est ici manifeste ; et ce changement d'idées chez un même esprit, savant et impartial d'ailleurs, nous en a paru un bon exemple. Nous en relèverons bien d'autres dans la suite, et non seulement au XVIe siècle : au XVIIe Claude Joly, au XVIIIe les publicistes de l'école historique suivent la *Franco-Gallia* et lui font de larges emprunts, — sans la nommer pourtant, de peur sans doute de compromettre leur thèse en invoquant une pareille autorité.

IV

Les divers courants : théories des protestants, — des ligueurs (1576), — des mécontents, — des traditionalistes, — des autocratistes.

Ainsi les théories les plus diverses se faisaient jour ; chaque parti a sa théorie des lois fondamentales.

Il y a peu de choses à dire des écrits protestants parus

(1) *Ibidem*, p. 5.
(2) *Ibid.*, p. 17.

entre 1573 et 1576, qui reflètent tous plus ou moins la *Franco-Gallia* ou les principes qui l'ont inspirée (1). Leur idée commune, exprimée ou sous-entendue, est que les lois politiques de l'État ont été « posées avec le fondement de la monarchie française » par « les bons ancêtres (2) », c'est-à-dire par la nation. « Le prince, dit un de ces auteurs, est grandement tenu à Dieu premièrement, et en second lieu au peuple, pour l'esgard du don et honneur qui lui est fait » ; et il est contraire au droit naturel que ce *don* soit « absolu » : il doit être fait « sous loix et convenances (3) ». « La multitude a tousjours la domination souveraine : car l'élection et correction des princes lui appartient, ensemble de réduire les choses excessives de l'Estat (4) ». Ainsi, c'est la nation qui détermine à l'origine les lois fondamentales, et elle peut les modifier en tout temps. L'auteur le répète encore ailleurs : « quant à la réformation de la police, nul n'en peut si bien sçavoir ce qui est expédient que telle multitude (5) ». Et

(1) Il faut cependant faire exception pour le *Discours sur les moyens de bien gouverner*, de Gentillet (1576). L'auteur est très modéré ; il est peu éloigné de la doctrine traditionnelle ; mais il introduit une distinction assez confuse entre deux puissances dont le prince serait investi, la puissance absolue et la puissance civile. La première n'a d'autres limites que les lois de Dieu et de la nature, et les lois fondamentales de l'État ; ces dernières sont, en France, la loi salique, l'inaliénabilité du domaine, et l'existence des trois états, « qui sont un corps immortel comme toute la nation française est immortelle ». L'autre, la puissance civile, est bornée par la raison, le droit et l'équité : Dieu ordonne aux princes, quand même ils possèdent la puissance absolue, de la tempérer par la puissance civile (Weill, *op. cit.*, p. 153). — Cette théorie est assez voisine de celle de L'Hospital ou de Claude de Seyssel. Il faut remarquer que l'ouvrage avait d'abord paru (en latin) en 1571. Cette date a son importance.

(2) *Du droit des magistrats sur les sujets*, cité dans Weill, *op. cit.*, p. 90.

(3) *Discours politiques des diverses puissances establies de Dieu...*, dans les *Mémoires de l'Estat de France sous Charles IX*, 2e édit., s. l., 1578, in-8o, t. III, fo 238 ro.

(4) *Ibidem*, fo 251 ro.

(5) *Ibidem*, fo 252 vo.

par « multitude », il entend, non pas une « multitude toute bestiale, sans jugement », mais « un nombre de prudens et vertueux » ; « c'est là que gist la puissance publicque dont le prince est ministre et député [1] ». — « La puissance du prince doit être grande pour contraindre les désobéissans ; ... mais elle ne se doit pas esgaler à celle de la plus saine et meilleure partie de la multitude : autrement il pourroit violer les lois et tyranniser le peuple [2] ». On reconnaît la doctrine scolastique. C'est elle qu'on retrouve, sous les violences de langage, dans la plupart des pamphlets de cette époque [3] : tombée du domaine spéculatif, elle devenait aux mains d'un parti de rebelles une arme redoutable [4]. La Ligue, un peu plus tard, saura la reprendre à son tour.

La première Ligue, celle de 1576, est assez modérée. Dans son manifeste, après avoir rendu hommage aux *lois du royaume*, et notamment à la loi de succession à la couronne, elle se donne pour but, outre le maintien de la religion catholique, de « restituer aux provinces de ce royaume et Estats d'iceulx, les droits, prééminences, franchises et libertés

(1) *Ibid.*, f° 251 v°.

(2) *Ibid.*, f° 226 r°. — Voir encore, dans le même volume, la *Response à la question à savoir s'il est loisible au peuple et à la noblesse de résister par armes à la félonie et cruauté d'un seigneur souverain* (f°s 318 et s.) ; — la *Remonstrance aux seigneurs, gentils-hommes, et autres, faisans profession de la religion réformée* (f°s 49 et s.).

(3) V. les *Vindiciæ contra tyrannos*, et les autres pamphlets analysés par Weill (*op. cit.*, p. 93-98, 109 et s., 154-155).

(4) Le traité que nous venons d'analyser arrive à cette conclusion (f°s 291-292), que si le prince contrevient aux lois et conditions posées par la nation comme lois fondamentales, les États doivent le mettre en jugement pour le priver du pouvoir ; et que si le roi empêche les États de se réunir et de le juger, les sujets ont le droit de prendre les armes contre lui : une telle guerre est légitime, parce qu'elle « présuppose tacitement une précédente condemnation telle que dessus ». Ce jugement *tacitement présupposé* ouvre la porte à toutes les séditions et au tyrannicide, que la plupart des pamphlets protestants déclarent légitime, en invoquant l'exemple de Judith et autres textes bibliques.

telles qu'elles estoient du temps du roy Clovis, premier roy chrestien (1) ». On sent toujours l'influence d'Hotman : tant il est vrai que tout le monde alors la subit. Comme les huguenots encore, les catholiques de la Ligue entendent que les décisions des États généraux, qui vont se réunir, soient inviolables et lient le roi lui-même (2) : et aussi bien, les députés réunis à Blois à la fin de cette année 1576 firent entendre de pressantes réclamations en faveur de l'autorité des États (3).

La curieuse recherche de l'origine des lois fondamentales, le souci de les justifier en montrant qu'elles ont été l'œuvre d'une autorité compétente, préoccupation si vive alors, apparaît dans un très remarquable document émané de cette assemblée, et en particulier de la chambre du clergé : dans l'*Instruction*, en date du 4 Janvier 1577 (4), que l'ambassade envoyée au roi de Navarre était chargée de lui remettre en le sommant de venir siéger aux États et de faire profession de la religion catholique, à raison de sa qualité de successeur éventuel au trône de France. Cette *Instruction* s'attache à prouver que la nécessité pour le roi de France d'être catholique est une loi fondamentale, et voici comment elle raisonne. « Il y a différence entre les loix du roy et du royaume. Celles-ci, d'autant qu'elles ne peuvent être faites qu'en générale assemblée de tout le royaume, avec le commun accord et consentement des gens des trois estats, ne peuvent estre changées ny innovées qu'avec l'accord et commun consentement des trois estats. » Or, poursuit-elle, il est assez

(1) Loutchitzky, *Documents inédits pour servir à l'histoire de la Réforme et de la Ligue*, Paris, 1875, in-8°, p. 31 et s., et p. 40.— Cf. H. de L'Épinois, *la Ligue et les Papes* (Paris, 1886, in-8°), p. 3 et 4.

(2) Loutchitzky, p. 40. — Cf. Palma Cayet, dans Weill, *op. cit.*, p. 142.

(3) Cf. Picot, *Histoire des États généraux* (2e éd., Paris, 1888, 5 vol. in-16), t. III, p. 92 et s.

(4) *Instruction des gens des trois estats du royaume de France*..., dans les *Mémoires du Duc de Nevers* (Paris, 1665, 2 vol. in-f°), t. I, p. 445 et s.

connu que, soit au temps de Clovis, soit au temps de Charlemagne, la religion catholique « n'a esté receüe à la seule volonté des rois, mais consentie et approuvée en générale assemblée des trois estats, avec serment et promesse réciproquement faites, tant par les rois que les sujets, de n'en authoriser, permettre ny tolérer autre ; ... de laquelle il est très-certain qu'ils ne peuvent plus varier, pour quelque cause, occasion, et prétexte que ce soit, non plus que de la loy salique. » Les lois fondamentales, dans cette théorie, ne sont plus une simple « ordonnance du peuple », elles sont un pacte conclu entre la nation et le roi ; mais elles sont toujours l'effet d'un acte libre « des trois états ». C'est une autre nuance de la théorie scolastique. Et il est assez curieux de remarquer qu'elle est adoptée ici officiellement par le conseil même du prince, qui approuva l'*Instruction* remise aux ambassadeurs.

Il ne faut confondre, ni avec les écrits protestants, ni avec les écrits des ligueurs (d'ailleurs encore très rares à cette époque), les pamphlets ou opuscules publiés alors (1574-1576) par les mécontents et les politiques qui finirent par se grouper sous la bannière du duc d'Alençon : rapprochés des huguenots pour une action commune, ils sont loin de partager toutes leurs idées sur les *lois du royaume* et la nature de ces lois. Sincèrement libéraux, poussés dans l'opposition par le gouvernement déplorable de Charles IX, puis de Henri III, ils invoquent ces lois du royaume, qu'ils appellent, les premiers peut-être, *lois fondamentales* : mais ils les considèrent comme établies par la tradition, et ne pensent pas qu'il appartienne au peuple de les changer. Souvent, il est vrai, ils se méprennent dans les applications qu'ils en font ; mais ce qui nous importe surtout, c'est la conception même qu'ils en ont. La *Déclaration* du duc d'Alençon datée de Dreux, 15 septembre 1575 [1], proclame

(1) *Déclaration de Monseigneur François, fils et frère de Roy, Duc*

que « de l'observation des loix dépend la conservation de tous royaumes et seigneuries » ; et une *Briève remonstrance à la noblesse de France sur le faict de la Déclaration de Monseigneur le duc d'Alençon* (1), qui en est le commentaire, écrit sous ces paroles : « A la vérité la raison naturelle nous enseigne qu'un royaume ou seigneurie ne peut estre ni subsister sans quelques loix. Car un royaume est composé d'un roy et de subjects. Il faut donc qu'il y ait quelque loy qui face distinction d'entre le roy et les subjets, de celuy qui doit commander et de ceux qui doivent obéir... Il faut aussi nécessairement que le commandement soit reiglé par loy, laquelle tende à la conservation du commandeur et des commandez tous ensemble... Et partant ceux qui disent comme par commun proverbe, que le prince est par dessus la loy, ils disent bien, mais ils l'entendent mal : car ils entendent qu'il soit par dessus la loy pour la pouvoir casser et abolir à plaisir : mais à la vérité il est par dessus la loy, comme l'édifice est par dessus son fondement, lequel on ne peut abbattre sans que l'édifice tombe. Aussi quand l'on abbat les *lois fondamentales* d'un royaume, le royaume, le roy et la royauté qui sont basties dessus tombent quand et quand. Bien est vray qu'il y a bien en un royaume aucunes loix (voire beaucoup) qui se peuvent changer, corriger et abolir, selon la circonstance du temps et des personnes, et qualité des affaires : mais les *lois fondamentales* d'un royaume ne se peuvent jamais abolir, que le royaume ne tombe bien tost après. Ce sont les loix dont Monseigneur entend ici parler, et dont il lui déplaist de les voir violées, et mal observées en France (2) ». — Au nombre de ces lois sont le vote des

d'Alençon, s. l., 1575, in-8°, pièce. La même *Déclaration* parut aussi sous le titre de *Protestation de Monseigneur*..., s. l., 1575, in-8°, pièce. — Elle est reproduite en tête de la *Briève remonstrance*, que nous allons citer.

(1) S. l., 1576, in-8°.

(2) P. 13-14.

impôts [1] et la coutume de provoquer des consultations nationales pour la réforme des abus [2] ; jusqu'ici la *Briève remonstrance* reste dans la tradition ; mais elle s'en écarte quand elle ajoute à sa liste la tolérance des sectes chrétiennes non catholiques [3], et diverses autres règles relatives au luxe, à l'usure, etc. [4], qui ne peuvent rentrer dans la catégorie des lois fondamentales.

La *Briève remonstrance* est en somme assez fidèle à l'antique tradition française ; c'est le traditionalisme, plus pur encore, qu'on retrouve dans certains écrits royalistes, comme le petit traité *De l'excellence du gouvernement royal* [5]. « Le royaume de France, dit l'auteur, est reiglé d'ancienneté par meilleur ordre que nul autre que l'on sache [6] » ; « aussi, quelle folie est-ce donc, quelle fureur, quelle rage, vouloir pervertir cest ordre anciennement accoustumé, et dissouldre ce beau corps de royaume [7] ? » C'est pourtant ce que font ceux qui, « simulans avoir odieux les changemens, proposent néantmoins occasions de changer très préjudiciables, ayans

(1) « La coustume des anciens rois de France a tousjours esté de n'imposer aucuns nouveaux imposts sur le peuple, sans la convocation et consentement des estats généraux du royaume. » (*Ibid.*, p. 64).

(2) « Nos anciens roys ont tousjours observé ceste coustume, de convoquer les estats généraux, quand il a esté question de réformer et policer le royaume. » (*Ibid.*, p. 67).

(3) P. 14.

(4) P. 23, 24, 31, etc.

(5) Par Loys Le Roy ; Paris, 1575, in-4°.

(6) Notamment en ce qu'« il va continuellement par succession de masle en masle tousjours au plus prochain du lignage », et en ce que « l'authorité du roy y a esté jusques à présent modérée par bonnes loix et coustumes, à fin qu'elle ne fust totalement absolue, ny trop astreincte. » — Le Roy est un disciple de Claude de Seyssel. Dans ses commentaires sur la *Politique* d'Aristote, il reproduit des pages entières de la *Grand'Monarchie*, notamment la théorie des trois *freins* ; à propos des États généraux, il s'approprie textuellement la théorie de L'Hospital ; v. Cougny, *op. cit.*, p. 32 et 60, notes.

(7) F^os 20 r° et 21 v°.

mis naguères en avant, que le royaume de France estoit anciennement électif, et gouverné plus par l'advis du peuple, que par l'authorité du roy et de son conseil. » Et où ont-ils été prendre cela ? Dans les lois et les coutumes des Gaulois et des Germains, au temps où ils étaient dans leurs « grans marais et forest du North ». Qu'on les laisse donc, ces lois, « telles qu'elles sont escriptes es vieilles chroniques, pour assouvir le désir des curieux rechercheurs d'antiquailles, sans les mettre en avant comme exemples qu'il faille introduire, à fin de troubler le monde, aiant pieça pris autres manières de faire plus civiles, esquelles il est accoustumé (1) ». Il est bon de maintenir aussi intégralement que possible les anciennes coutumes, mais il ne faut pas remonter jusqu'au déluge. « On ne sçauroit trouver loix ou coustumes perpétuelles ; ains se tournent avec la vicissitude des mœurs, périssans les unes par vieillesse, changeans les autres par les consentemens tacites des peuples, ou abrogées par introduction de nouvelles, qui semblent meilleures... (2) » Du reste, « le moins que l'on y peut toucher est le meilleur, et y convient procéder mûrement avec grande prudence (3) ».

A côté de ces divers courants d'idées, il en est enfin un dernier que nous avons négligé jusqu'ici, et qu'il suffira d'indiquer sommairement : nous voulons parler des théories des *autocratistes* partisans du pouvoir arbitraire. Jean Ferrault, Charles de Grassaille, Vincent de La Loupe, Claude Gousté, d'autres encore, ont une doctrine qui peut se résumer en cinq mots : au roi tout est permis. Les uns légitiment ce pouvoir illimité en transposant un texte bien connu du droit romain : « par l'antique loi royale, qu'on appelle salique, tout droit et tout pouvoir a été transféré au

(1) Fos 25 vo, 26 vo et 27 ro.
(2) Fo 26 ro.
(3) Fo 27 ro.

roi [1] » ; les autres se bornent à poser en principe que « tout ce que dit le roi doit être estimé comme une loi, et venant de l'oracle d'un autre Apollo [2], ou que « le roi est comme un Dieu fait homme [3] ». Claude Gousté, interprétant à faux (comme bien d'autres avant et après lui), un fameux passage de la Bible [4], ose écrire que le roi peut « prendre les enfans de ses subjects et les mettre à ses charriots ; en faire des centeniers, des grans mareschaux, des laboureurs de ses terres, des moissonneurs de ses bleds, des armuriers et des charrons ; il a puissance de prendre les filles de ses subjects, et employer les unes à luy faire unguents et parfums, les autres tenir pour concubines, les autres panetières : somme, il peut confisquer les champs et héritages,... et à la parfin commander corvées à un chascun en particulier, ou à tous en général [5] ». Les mêmes auteurs donnent au roi des conseils de modération, mais le principe est toujours qu'il peut légitimement, en conscience, exercer le pouvoir le plus arbitraire. Il est bien évident qu'une telle théorie aboutit à la négation de toutes lois fondamentales. Pourtant, par une inconséquence bizarre [6], les mêmes auteurs tiennent généralement pour intangibles la loi salique et l'inaliénabilité du domaine [7] : encore Degrassalius fait-il reposer la loi salique sur le pouvoir législatif du prince « qui a bien pu faire cette

(1) Ferrault, *Insignia peculiaria christianissimi Francorum regni numero viginti* (1515), 12e privilège ; dans les *Œuvres* de Du Moulin (qui reproduit ce traité « ut notes barbariem et imperitiam temporis »), édition citée, t. II, col. 1123.

(2) Vincent de La Loupe, *Premier et second livre des dignités* (1551), cité dans Weill, *op. cit.*, p. 20 n. 2.

(3) Degrassalius, *Regalium Franciæ libri duo* (1538), lib. I, jus 4 (éd. de Paris, 1545, in-8o, p. 46) : « tanquam quidam corporalis Deus ».

(4) I. Reg., cap. 8.

(5) *Traicté de la puissance et authorité des roys*, s. l., 1561, in-8o, fo 11.

(6) Ceux qui font découler la toute-puissance du prince d'une *lex regia* primitive échappent seuls à ce reproche.

(7) Degrassalius, lib. I, j. 11, p. 104 ; j. 16, p. 176.

loi de sa propre volonté, comme il fait les autres lois en son royaume [1] ». Parfois cependant le bon sens reprend ses droits, et on veut bien reconnaître que c'est surtout la coutume qui fait la valeur de la loi salique [2]. Mais cette concession n'infirme en rien le principe posé, que le pouvoir du prince est arbitraire.

Théories autocratistes, théories scolastico-historiques des protestants, traditionalisme, tels étaient donc les divers courants d'idées qui se manifestaient quand parut, en 1576, le célèbre traité *De la République* de Jean Bodin.

V

Les lois fondamentales dans la *République* de Bodin ; dans celle de Grégoire.



La *République* de Bodin, que l'on a souvent regardée comme le premier fondement de la science politique en France, a eu, avec un esprit tout opposé, une fortune aussi grande et même plus grande que la *Franco-Gallia*. Comme Hotman, Bodin sera suivi par une imposante lignée de disciples : qu'ils adoptent entièrement ses idées ou qu'ils s'en éloignent sur tel ou tel point particulier, Loyseau, Delhommeau, Le Bret, Domat et bien d'autres subiront son ascendant ; les défenseurs de la monarchie, au XVIIIe siècle, invoqueront encore son autorité, comme l'école historique s'inspirera d'Hotman.

(1) *Ibid.*, p. 176. — Degrassalius n'emploie nulle part l'expression de *lex regia*.

(2) Ferrault : « ...Ex consuetudine et observatione, quæ est optima legum interpres » (*loc. cit.*, col. 1128) ; — Degrassalius : « Obtentum est istud jus altum ex longæva consuetudine tenaciter observata » (*loc. cit.*, p. 176).

La *République* est un traité de politique générale. En ce qui concerne le droit public de France en particulier, qui y occupe d'ailleurs une très grande place, elle se rattache par un côté, — et ce n'est pas le meilleur, — au courant autocratiste, et par l'autre au traditionalisme.

Bodin est traditionaliste en ce qu'il prend les lois fondamentales *dans le dernier état*, comme on dira plus tard, sans chercher à les ramener à une origine historique précise, qu'on peut toujours reculer ou interpréter arbitrairement. Il ne donne nulle part formellement sa pensée sur l'origine des lois fondamentales. Il constate les transformations des sociétés, mais il considère les volontés humaines qui agissent dans ces sortes de crises, comme les instruments de causes plus profondes. Quelle que soit donc l'apparence, ce ne sont pas les volontés humaines qui font les lois fondamentales : elles *se font* (1) ; comme la *constitution* d'un homme, elles sont quelque chose de *naturel*. Elles peuvent être plus ou moins bonnes : celles de la France sont excellentes, on l'a bien vu dans les grandes crises qu'elle a subies (2). Et d'abord, la constitution est monarchique, et la monarchie est la forme de souveraineté la plus naturelle (3) ;

(1) V. par exemple liv. IV, ch. 1, p. 503 et s., liv. V, ch. 1, p. 663 et s. — Je renvoie à l'édition de Lyon, 1593, in-8° ; on peut se référer aussi à celle de 1608, s. l., in-8°, qui est la reproduction de celle de 1593 ; les renvois conviennent également pour l'une ou l'autre.

(2) Quand François Ier fut fait prisonnier, la coalition n'osa pas « entrer en France pour la conquester, sachant *les loix et la nature de ceste monarchie*. Et tout ainsi qu'un bastiment appuyé sur hauts fondements, et construit de matières durables, bien uni, et joint en toutes ses parties, ne craint ny les vents, ny les orages, et résiste aisément aux efforts et violences : ainsi la république fondée sur bonnes loix, estant unie et jointe en tous ses membres, ne souffre pas aisément altération. » (Liv. IV, ch. 1, p. 539.)

(3) « Toutes les loix de nature nous guident à la monarchie... Aussi voyons-nous tous les peuples de la terre de toute ancienneté, et lorsqu'ils estoyent guidés d'une lumière naturelle, n'avoir eu autre forme de république que la monarchie... On s'esmerveille que l'estat populaire des Romains, la seigneurie de Lacédémone et de Venize ont duré quatre cents

ensuite cette monarchie est héréditaire, et l'hérédité est plus naturelle que l'élection (1). C'est la coutume, conforme au vœu de la nature, qui en France, à l'origine, a établi la monarchie et l'hérédité (2), la primogéniture et l'exclusion des femmes. Une constitution se forme lentement. Si le corps social semble malade, « jamais ne faut essayer les remèdes violents, si la maladie n'est extrême, qu'il n'y ait plus d'espérance. Ceste maxime a lieu en toute république, non seulement pour le changement de l'estat, mais aussi pour le changement des loix, des mœurs, des coustumes : à quoy plusieurs n'ayans pris garde, ont ruyné de belles et grandes républiques sous l'appast d'une bonne ordonnance qu'ils avoyent empruntée d'une république du tout contraire à la leur (3). »

Il est à remarquer, d'ailleurs, que Bodin ne se prononce jamais sur la légitimité des révolutions qui transforment la constitution des peuples, — et pourtant son volumineux ouvrage est nourri d'un nombre prodigieux d'exemples empruntés à l'histoire de tous les temps et de tous les pays. Sa pensée semble bien être que, si le temps et l'expérience légitiment quelquefois après coup les révolutions, au point

ans ou environ, ...mais de voir plusieurs monarchies grandes et puissantes continuer mil ou douze cents ans en mesme estat, on ne s'en estonne point, attendu que cela se fait selon les droites loix de nature. » (Liv. VI, ch. 4, p. 968-969.)

(1) Liv. VI, ch. 5, p. 973-980. — L'ordre de primogéniture est aussi *naturel* (*ibid.*, p. 988-989), ainsi que l'exclusion des femmes, « attendu que la gynécocratie est droitement contre les loix de nature, qui a donné aux hommes la force, la prudence, les armes, le commandement, et l'a osté aux femmes » (*ibidem*, p. 1001).

(2) « Les Franques n'ont point d'autres roys que par droit successif *suyvant leur ancienne coustume*... Les trois lignées des roys de France *ont usé* du droit successif... » etc. (*ibidem*, p. 983). — C'est aussi l'« *usance des peuples* » qui a établi la représentation, en vertu de laquelle le fils de l'aîné est appelé de préférence au frère de l'aîné (p. 994).

(3) Liv. IV, ch. 3, p. 574 ; cf. *ibid.*, p. 575-578, ci-dessous p. 122, n. 2.

de créer un nouveau droit, en elles-mêmes elles sont toujours condamnables. Une fois dégagées, confirmées par le temps, les lois fondamentales, ou du moins certaines d'entre elles, sont *en droit* intangibles, et il n'est au pouvoir ni du peuple ni du prince de les changer.

Pour la France en particulier, il est bien évident qu'il n'appartient pas au peuple de changer la constitution : la France est une « pure monarchie (1) », où la souveraineté, indivisible de sa nature, est aux mains du roi seul, et les sujets n'ont aucun pouvoir : les États généraux eux-mêmes « usent d'humbles requestes et supplications, que le roy reçoit et rejette ainsi que bon lui semble (2) ». Et d'autre part, ce « prince souverain », « estably de Dieu comme son lieutenant pour commander aux autres hommes (3) », ne peut pas, lui non plus, porter atteinte aux lois fondamentales : comme la loi divine et comme la loi naturelle, elles sont au-dessus de lui : « Quant aux lois qui concernent l'estat du royaume et l'establissement d'iceluy, d'autant qu'elles sont annexées et unies avec la couronne, le prince n'y peut déroger, comme est la loy salique : et quoy qu'il face, tousjours le successeur peut casser ce qui aura esté fait au préjudice des loix royales, et sur lesquelles est appuyée et fondée la majesté souveraine (4). »

Il y a donc des lois qui échappent aux atteintes du prince. Mais la formule de Bodin semble bien étroite : seules rentrent dans cette catégorie celles « qui concernent l'estat du royaume et l'establissement d'iceluy... et sur lesquelles est appuyée et fondée la majesté souveraine » : c'est-à-dire l'*état* monarchique, la loi de succession au trône et les diverses

(1) Liv. II, ch. 1, p. 264.
(2) *Ibid.*, p. 263.
(3) Liv. I, ch. 10, p. 211.
(4) Liv. I, ch. 8, p. 137. — Bodin n'emploie guère qu'ici cette expression de *lois royales*, et jamais celle de *lois fondamentales*, pas plus, d'ailleurs, que le mot *constitution* (au sens moderne).

règles qui s'y rattachent, l'inaliénabilité du domaine et de la souveraineté elle-même, — enfin les fameuses *libertés gallicanes*, que nous ne mentionnons ici que pour mémoire. Ainsi ne serait vraiment fondamental, aux yeux de Bodin, que ce qui *fonde* la majesté souveraine, ce qui assure sa stabilité et sa perpétuité. On sait que cette tendance à mettre au-dessus de tout la loi qui fait le roi, la loi de souveraineté, remonte très haut ; nous l'avons signalée au XIIIe siècle (1) ; elle est très naturelle, surtout dans l'esprit d'un légiste : il est très juridique que le prince respecte d'abord son titre, la loi qui l'a fait roi et qui fera les autres rois après lui ; et de plus le célèbre texte du Digeste et des Institutes, *Cum lege regia...*, en fait par analogie la loi de droit public par excellence, celle qu'on appelle *loi royale*, expression évidemment calquée sur l'expression latine (2) ; les autres lois du droit public ne sont appelées royales qu'à proportion de leur ressemblance ou de leur connexité avec celle-ci.

Donc, dira-t-on, toutes garanties pour la souveraineté, aucune garantie pour les sujets ? — Non pas. Le prince est d'abord « sujet aux loix de Dieu et de nature, et à plusieurs loix humaines communes à tous peuples (3) ». La France est une *monarchie royale*, « où les subjects obéissent aux lois du monarque, et le monarque aux lois de nature, demeurant la liberté naturelle et propriété des biens aux subjects (4) ». —

(1) *Supra*, p. 35-36. — On pourrait la suivre chez les divers théoriciens que nous avons analysés.

(2) Cf. Ferrault, *supra*, p. 109-110.

(3) Liv. I, ch. 8, p. 131.

(4) « C'est la vraye marque de la monarchie royale » (par opposition à la monarchie *seigneuriale* et à la monarchie *tyrannique*), « quand le prince se rend aussi doux et ployable aux lois de nature, qu'il désire les subjects lui estre obéissans... Si donc les subjects obéissent aux loix du roy, et le roy aux loix de nature, la loy d'une part et d'autre sera maistresse, ou bien, comme dit Pindare, roine : car il s'en ensuyvra une amitié mutuelle du roy envers les subjects, et l'obéissance des subjects envers le roy, avec

Il y a ensuite les coutumes nationales, qui tempèrent la puissance souveraine ; mais pour comprendre la pensée de Bodin sur ce dernier point, il faut connaître ses théories générales.

Bodin fait une distinction très ingénieuse entre l'*état* et le *gouvernement*. Prenant les mots dans leur sens propre, il appelle *état*, non pas ce que nous entendons sous ce mot, c'est-à-dire la personnification abstraite de la nation, mais la forme de la souveraineté : l'état est monarchique, aristocratique ou démocratique, selon que la souveraineté appartient à un seul, à plusieurs, ou à la majorité du peuple (1). La souveraineté, d'autre part, étant, dans la théorie de Bodin, *indivisible* et *absolue* (2), l'*état* n'est pas susceptible de plus ou de moins (3) ; si donc l'état est monarchique, cette monarchie est nécessairement absolue. La « mixtion des trois républiques ensemble », que quelques-uns ont rêvée, est impossible ; ou plutôt, « elle ne fait point d'espèce différente, veu que la puissance royale, aristocratique et populaire ensemble,

une très plaisante et douce harmonie des uns avec les autres et de tous avec le roy. » (Liv. II, ch. 2, p. 273, et ch. 3, p. 280.)

(1) « Il faut voir en toute république ceux qui tiennent la souveraineté, pour juger quel est l'estat : comme si la souveraineté gist en un seul prince, nous l'appellerons monarchie ; si tout le peuple y a part, nous dirons que l'estat est populaire ; s'il n'y a que la moindre partie du peuple, nous jugerons que l'estat est aristocratique. » (Liv. II, ch. 1, p. 251-252.) — Pour la définition de l'état populaire, v. liv. II, ch. 7, p. 332 ; celle que Bodin donne ici incidemment exprime mal sa pensée.

(2) « La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une république... La souveraineté n'est limitée, ni en puissance, ni en charge, ni à certain temps. » — Elle est seulement soumise « aux loix de Dieu, et de nature, et à plusieurs loix humaines communes à tous peuples. » (Liv. I, ch. 8, p. 122-123, 124, 131.) Cette définition de l'absolutisme de la souveraineté exclut par elle-même la divisibilité. V. d'ailleurs la note suivante.

(3) « L'estat en soy ne reçoit comparaison de plus ny de moins : car tousjours la souveraineté indivisible et incommunicable est à un seul, ou à la moindre partie de tous, ou à la pluspart : qui sont les trois sortes de républiques que nous avons posées. » (Liv. II, ch. 7, p. 339.)

ne fait que l'estat populaire (1) ». Bodin aurait classé, avec raison d'ailleurs, dans la catégorie de l'état populaire les modernes monarchies constitutionnelles où « le roi règne et ne gouverne pas (2) ».

Mais si l'*état* est par définition quelque chose de fixe, d'absolu, il n'en est pas de même du *gouvernement* : le *gouvernement*, c'est la manière dont la souveraineté est exercée par celui ou ceux qui la détiennent (3). « Il y a bien de la différence de l'estat, et du gouvernement : car l'estat peut estre en monarchie, et néantmoins il sera gouverné populairement si le prince fait part des estats, magistrats, offices et loyers également à tous sans avoir esgard à la noblesse, ny aux richesses, ny à la vertu. Il se peut faire aussi que la monarchie soit gouvernée aristocratiquement quand le prince ne donne les estats et bénéfices qu'aux nobles, ou bien aux plus vertueux seulement, ou aux plus riches... (etc.). Laquelle variété a mis en erreur ceux qui ont meslé les républiques,

(1) Liv. II, ch. 1, p. 254.

(2) « Je laisse la définition du roy baillée par Aristote : car il dit, que le roy est celuy qui est eslu, et qui commande au désir des subjects : en autre lieu il dit, que le roy devient tyran pour peu qu'il commande contre le vouloir des subjects. Telles définitions ne sont pas seulement sans fondement, ains aussi pernicieuses. Qu'elles soyent fausses, il appert, d'autant que le tiltre royal, qui emporte la majesté et puissance souveraine,... seroit incompatible avec icelle : attendu que le roy n'auroit puissance de donner loy aux subjects, ains au contraire il seroit contraint par eux de recevoir loy : et les plus justes princes du monde seroient tyrans : et qui plus est, il ne se trouveroit pas un seul roy : et pour le trancher court, le roy ne seroit que simple magistrat. » (Liv. II, ch. 3, p. 281-282.) — « Quant on vient à limiter la puissance du monarque, pour l'assubjectir aux estats du peuple ou au sénat, la souveraineté n'a point de fondement asseuré, ains il se forme une confusion populaire, ou anarchie misérable, peste des estats et républiques. » (Liv. VI, ch. 4, p. 965.)

(3) Dans la traduction latine qu'il a donnée lui-même de son œuvre, Bodin rend le mot *état* par *status reipublicæ*, et *gouvernement* par *ratio imperandi* (Fournol, *Bodin*, Paris, 1896, in-8°, p. 52).

sans prendre garde que l'estat d'une république est différent du gouvernement et administration d'icelle [1] ».

Ainsi l'« état de France » peut bien être la monarchie, absolue par définition, cela n'empêche pas son *gouvernement* d'être tempéré d'aristocratie et de démocratie : et c'est bien le sentiment de Bodin. Quand il écrit que « c'est une opinion non seulement absurde, ains aussi capitale » d'avoir « voulu dire et publier par escrit que *l'estat* de France estoit composé des trois républiques, et que le Parlement de Paris tenoit une forme d'aristocratie, les trois estats tenoyent la démocratie, et le roy représentoit l'estat royal [2] », — et cette condamnation sévère vise évidemment Seyssel et surtout Du Haillan, — Bodin s'attaque plus à la forme qu'au fond de la thèse en question. Pas plus que lui, Seyssel ou Du Haillan n'entendaient diviser la souveraineté ; et comme eux, il reconnaît au Parlement et aux États généraux un rôle important dans le *gouvernement.*

Le Parlement « a esté l'ancien sénat du royaume de France [3] », et Bodin appelle *sénat* « l'assemblée légitime des conseillers d'estat, pour donner advis au souverain [4] » ; le Parlement, il est vrai, a perdu cette fonction de conseil du prince, mais les magistrats ont toujours l'enregistrement des édits, et « aux édicts et mandements non publiés, et qu'on leur apporte pour vérifier, ils ont liberté de les examiner, et faire leurs remonstrances au prince devant que les publier », surtout « s'il y va de l'intérest et dommage que

(1) Liv. II, ch. 2, p. 272-273. — « Or il est certain que pour avoir les vrayes diffinitions et résolutions en toutes choses, il ne faut pas s'arrester aux accidents qui sont innumérables, mais bien aux différences essentielles et formelles, autrement on pourroit tomber en un labyrinthe infini, qui ne reçoit point de science. » (Liv. II, ch. 1, p. 252.)

(2) Liv. II, ch. 1, p. 262-263. « Car c'est crime de léze majesté de faire les subjects compagnons du prince souverain. »

(3) Liv. III, ch. 1, p. 354.

(4) *Ibid.*, p. 342.

peut souffrir, ou de l'utilité qui peut réussir à la république [1]. » — « Il n'y a rien qui plus autorise les loix, et mandements d'un prince,... que les faire passer par l'advis d'un sage conseil, d'un sénat, d'une cour. . Car les subjects voyans les édicts et mandements passez contre les résolutions du conseil, sont induits à les mespriser : et du mespris des loix vient le mespris des magistrats, et puis la rebellion ouverte contre les princes, qui tire après soi la subversion des estats [2]. » Le roi peut venir au Parlement faire publier ses édits et ordonnances de sa propre autorité, « la première marque du prince souverain étant la puissance de donner loy à tous en général, et à chacun en particulier [3] » ; mais alors il n'y a pas proprement de *vérification* [4], et bien que la loi soit régulièrement établie, elle risque fort d'être mal observée [5]. Cette dernière réflexion peut sembler étrange de la part de Bodin : c'est que, très rigoureux sur les principes, il est souvent très large dans l'application : on le verra encore dans la suite.

Quant aux États généraux et provinciaux, Bodin a décrit leur rôle politique en une page qu'il faut citer : « La juste royauté n'a point de fondement plus asseuré que les estats du peuple, corps et collèges : car s'il est besoin de lever

(1) Liv. III, ch. 4, p. 420.

(2) Liv. III, ch. 1, p. 343.

(3) Liv. I, ch. 10, p. 221.

(4) « Plusieurs s'abusent, qui pensent que la vérification des édicts, lettres ou privilèges est faicte par la cour, quand le roy y est présent, veu que la cour a les mains liées, et qu'il n'y a que le roy qui commande. » (Liv. III, ch. 6, p. 453 ; — cf. liv. II, ch. 1, p. 263-264.)

(5) « Les mots, *de expresso mandato*, et *de expressissimo mandato*, et quelquefois *multis vicibus iterato*, qui se trouvent fort souvent es registres des cours souveraines sur la publication des édicts, ont telle conséquence que tels édicts et privilèges ne sont gardés, ou bientost après oubliés, et délaissés par souffrance des magistrats ; et par ce moyen l'État a esté conservé en sa grandeur, qui autrement fust ruiné par les flatteurs des princes qui arrachent tout ce qu'ils veulent... » etc. (Liv. III, ch. 4, p. 418.)

deniers, assembler des forces, maintenir l'Estat contre les ennemis, cela ne se peut faire que par les estats du peuple et de chacune province, ville et communauté (1) ... Et mesmement aux Estats généraux de tous les subjects, quand le prince est présent, on communique des affaires touchant le corps universel de la république et des membres d'icelle : là sont ouyes et entendues les justes plaintes et doléances des pauvres subjects, qui jamais autrement ne viennent aux oreilles des princes : là sont descouverts les larcins, concussions et voleries qu'on fait sous les noms des princes qui n'en sçavent rien. Mais il est incroyable, combien les subjects sont aises de voir leur roy en leurs estats, combien ils sont fiers d'estre veus de luy. » Bodin souhaiterait que ces grandes assises nationales fussent plus fréquentes, et cite l'exemple de l'Espagne, « où les estats par cy devant estoyent tenus de deux ou trois ans l'un ». Il prend aussi la défense des États provinciaux : « Il y en a qui se sont efforcés par tous moyens, de changer les estats particuliers de Bretagne, Normandie, Bourgogne et Languedoc, Dauphiné, Provence, en élections, disans que les estats ne se font qu'à la foule du peuple : mais ils méritent la response que fait Philippe de Commines à ceux qui disoyent que c'estoit crime de lese majesté d'assembler les estats... Il est bien certain que les élections coustent deux fois autant au roy et aux subjects, que les estats ; et en matière d'imposts, plus il y a d'officiers, plus y a de pilleries : et jamais les plaintes et doléances des pays gouvernés par élection ne sont veuës, leuës, ny présentées, ou quoy que soit on n'y a jamais d'esgard ;... mais quand les collèges, les communautés, les estats d'un pays, d'un peuple, d'un royaume font leurs plaintes au roy, il luy est mal aisé de les refuser (2). » La réformation des

(1) Bodin, on le voit, vise ici non seulement les États généraux et provinciaux, mais les communes, les administrations municipales.

(2) Liv. III, ch. 7, p. 500-501.

abus et la levée de l'impôt ne sont pas les seules occasions où les états interviennent ; ils ont lieu encore quand il s'agit d'abroger ou de changer une loi ancienne et importante (1), quand le prince prend, comme souverain, un engagement très solennel (2), etc.

Cette intervention des États généraux ou particuliers ne porte pas atteinte à l'*état* monarchique du royaume : dans la rigueur du droit, il n'est aucun de ces actes que le souverain ne puisse accomplir seul. Le Parlement, les États, les autres rouages qui tempèrent la puissance du prince ne changent donc pas l'*état*, mais leur ensemble forme le *gouvernement*. « L'estat royal doit estre tempéré par le gouvernement aristocratique et populaire, c'est-à-dire par justice harmonique... ; en quoy faisant l'estat de monarchie sera simple, et le gouvernement composé et tempéré, sans aucune confusion des trois républiques (3). »

Mais qu'est-ce donc, dira-t-on, qui garantira à ces divers rouages modérateurs leur action dans le gouvernement ? Si le roi peut les briser ou les paralyser à son plaisir, c'est comme s'ils n'existaient pas. — Aussi ne sont-ils pas absolument à la merci du prince. Il y a d'abord l'autorité de la coutume et de la tradition ; il y a ensuite les promesses et engagements formels par lesquels le prince a pu se lier ; il y a enfin le droit naturel ; ces diverses garanties ne s'appliquent pas aux mêmes *freins*.

Après avoir nettement établi que le prince ne peut toucher « aux lois qui concernent l'estat du royaume et l'establissement d'iceluy », Bodin ajoute : « Quant aux coustumes générales et particulières, qui ne concernent point l'establis-

(1) Liv. I, ch. 8, p. 137.

(2) *Ibid.*, p. 160 : v. ci-dessous, p. 125, n. 1

(3) Liv. VI, ch. 6, p. 1013. — Bodin écrit ailleurs : « D'autant que la puissance souveraine est moindre (réservé les vrayes marques de majesté), d'autant elle est plus asseurée. » (Liv. IV, ch. 6, p. 632.)

sement d'iceluy, on n'a pas accoustumé d'y rien changer, sinon après avoir bien et deuëment assemblé les trois estats de France en général, ou de chacun bailliage en particulier, non pas qu'il soit nécessaire de s'arrester à leur advis, ou que le roy ne puisse faire le contraire de ce qu'on demandera, si la raison naturelle et la justice de son vouloir luy assiste [1]. » Tout en réservant l'indépendance législative du prince, Bodin reconnaît donc qu'il y a des coutumes qui s'imposent presque nécessairement à lui [2] ; et les allusions à la puissance de la coutume ne sont pas rares dans la *République*. Parmi les *coutumes générales* visées par Bodin, il faut comprendre celles qui concernent le *gouvernement*. Il est traditionaliste de cœur et d'instinct.

Par une bizarre contradiction il détruit dans sa théorie de la loi cette autorité qu'ailleurs il reconnaît si bien à la coutume. Cette théorie de la loi n'est pas ce qu'il y a de meilleur dans les six livres de la *République* ; la rigueur trop étroite de ses déductions conduit ici Bodin à tirer de sa notion de la souveraineté des conséquences que n'auraient pas reniées les autocratistes.

« Le mot loy sans dire autre chose, signifie le droit commandement de celuy ou de ceux qui ont toute puissance par-dessus les autres sans exception de personne » ; et aussi bien, « la première marque du prince souverain, c'est la puissance de donner loy à tous en général et à chacun en

(1) Liv. I, ch. 8, p. 137.

(2) « Il n'y a chose plus difficile à traiter, ny plus douteuse à réussir, ny plus périlleuse à manier, que d'introduire nouvelles ordonnances... Et jaçoit que l'injustice d'une loy ancienne soit évidente, si vaut-il mieux endurer qu'elle vieillisse perdant sa force peu à peu, que de la casser par violence soudaine... Et s'il est bien nécessaire d'employer nouvelles ordonnances, néantmoins cela se doit faire petit à petit, et non pas tout-à-coup... Il faut donc suyvre aux gouvernements des républiques ce grand Dieu de nature, qui fait toutes choses petit à petit, et presque insensiblement. » (Liv. IV, ch. 3, p. 575-578.) — Cf. ci-dessus, p. 112-113.

particulier ; ... sous cette puissance de donner et casser la loy sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté : de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que ceste seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en cestuy-là : comme de décerner la guerre ou faire la paix, congnoistre en dernier ressort des jugements de tous magistrats, instituer et destituer les plus grands officiers, imposer ou exempter les subjects de charges et subsides, ottroyer grâces et dispenses contre la rigueur des loix, hausser ou baisser le tiltre, valeur et pied des momoyes,... » etc.(1)

Jusqu'ici on peut admettre la théorie de Bodin, sauf en ce qui concerne le pouvoir judiciaire ; s'il est vrai que le roi est à la fois souverain justicier (2) et souverain législateur, ce n'en est pas moins une extension abusive que de faire rentrer la première fonction dans la seconde : prononcer un jugement n'est pas faire une loi. Mais cette confusion tient à une autre erreur plus profonde, et c'est ici que la théorie de Bodin devient tout à fait inadmissible. Il appelle *loi* tout commandement du souverain parlant en tant que souverain (3) ; ainsi la loi est l'œuvre *personnelle* du prince, et elle meurt avec lui : « les loix, ordonnances, lettres patentes (etc.) des princes, n'ont aucune force que pendant leur vie, si elles ne sont ratifiées par consentement exprès, ou du moins par souffrance » de leurs successeurs (4). Ainsi Bodin méconnaît le caractère de perpétuité de la loi. Sans doute le pouvoir de faire la loi entraîne celui de l'abroger, puisqu'une seconde loi

(1) Liv. I, ch. 10, p. 216, 221, 223.

(2) Bodin estime d'ailleurs que le prince doit confier la fonction judiciaire à des *officiers*, à des tribunaux fixes et perpétuels, et ne l'exercer que très rarement par lui-même : « les princes ne doivent pas faire métier d'estre juges », dit-il (liv. IV, ch. 6, p. 632).

(3) En tant que souverain : c'est ce que signifie l'expression « *droit* commandement ». C'est bien une restriction, mais elle est insuffisante.

(4) Liv. I, ch. 8, p. 131-132.

peut détruire la première ; mais il fallait reconnaître que la loi une fois établie conserve par elle-même toute sa valeur. C'est ce que Bodin ne fait pas, et cette *précarité* à laquelle il réduit la loi, et par conséquent la coutume, considérée en général, enlève en particulier aux lois et coutumes de *gouvernement* cette autorité et cette valeur qu'il leur reconnait pourtant par ailleurs. La rigueur excessive de sa théorie lui fait faire fausse route ; ou plutôt, si on veut se rappeler ici de quelle autorité il a revêtu la coutume, on reconnaîtra qu'une fois encore Bodin n'a pas reculé devant une opposition, presque une contradiction, entre la rigueur du principe et la largeur de l'application : au fond, il tient seulement à bien établir *in abstracto* que le roi peut abolir sans le consentement des sujets même des coutumes générales « quand l'injustice d'icelles est oculaire (1) ».

Si cependant le prince a promis de maintenir ces lois et coutumes, ne sera-t-il pas lié par sa promesse ? Oui, en principe, répond Bodin. Car s'il n'est pas « tenu à ses loix, ou de ses prédécesseurs », il l'est « aux justes conventions et promesses qu'il a faictes, soit avec serment ou sans aucun serment, ... et en l'observation desquelles les subjects en général ou en particulier ont intérest (2) ». Il est vrai que Bodin, fidèle à sa notion de la souveraineté, ajoute : « le prince souverain peut déroger aux loix qu'il a promis et juré garder (3), si la justice d'icelles cesse, sans le consentement des subjects. » Mais le serment ou la promesse n'est cependant pas sans effet ; car il faudra que l'injustice ou le danger de la loi soient bien évidents pour que le prince ait le droit d'y toucher, sous peine d'être parjure : « s'il n'a juste cause de casser la loy qu'il a promis entretenir, en ce cas le prince

(1) Liv. I, ch. 8, p. 142.

(2) Liv. I, ch. 8, p. 133-134. — « Il ne faut pas confondre la loy et le contract. » (*Ibidem*, p. 135.)

(3) « Ou icelles casser et annuler » (p. 135).

ne doit, et ne peut y contrevenir. » Et en France, il est lié par les promesses ou serments de ses prédécesseurs, qu'il soit ou non leur héritier : « car il est certain que le roy ne meurt jamais, comme l'on dit, ains si tost que l'un est décédé, le plus proche masle de son estoc est saisi du royaume, et en possession d'iceluy auparavant qu'il soit couronné : et n'est point déféré par succession paternelle, mais bien en vertu de la loy du royaume. Si donc le prince souverain a contracté en qualité de souverain pour chose qui touche l'estat et au profit d'iceluy, les successeurs y sont tenus (1). » Voilà donc enfin la garantie cherchée : en France, le serment du sacre assurera le maintien du *gouvernement* tempéré. Le croirait-on? Bodin semble effrayé d'une concession qui pourrait donner prise aux réclamations des sujets : il vit en un temps où l'autorité royale est si ébranlée, où les théories qui justifient la révolte sont si répandues, qu'il tient à leur ôter tout prétexte et tout fondement : « Les princes souverains bien entendus, dit-il, ne font jamais serment de garder les loix de leurs prédécesseurs... Aussi le serment de nos rois, qui est le plus beau, et le plus bref qui se peut faire, ne porte rien de garder les loix et coustumes du païs, ni des prédécesseurs (2) ». Une telle interprétation est-elle exacte? Il est permis d'en douter. La pensée de Bodin reste d'ailleurs assez flottante, puisqu'il ajoute, quelques lignes plus bas, « sinon tant que le droit et justice le souffrira ».

(1) Liv. I, ch. 8, p. 160. — Bodin ajoute aussitôt : « Et beaucoup plus si le traitté s'est fait du consentement des estats, ou des villes et communautés principales, ou des parlements, ... attendu la foy et l'obligation des subjects. » Dans cette dernière partie de la phrase, il vise une convention passée avec un souverain étranger, où les sujets interviennent en quelque sorte comme caution. Mais la première partie, citée au texte, est beaucoup plus générale, et il faut certainement comprendre dans les contrats faits « en qualité de souverain pour chose qui touche l'estat et au profit d'iceluy », les promesses du sacre, les libertés et privilèges promis aux provinces ou villes annexées au domaine, etc.

(2) *Ibidem*, p. 135-136.

Une rigueur outrée dans les conséquences du principe de souveraineté, puis le souci de l'anarchie contemporaine, ont amené deux fois Bodin à se mettre en désaccord avec lui-même ; il se contredit une troisième fois à propos des impôts. On a vu qu'il en place la levée au nombre des pouvoirs compris dans celui de « faire loi », c'est-à-dire dans la souveraineté. Ailleurs, considérant l'impôt comme une atteinte au droit de propriété des sujets, il fait du consentement de l'impôt une loi fondamentale, la propriété étant inviolable de droit naturel, et le *monarque royal* la respectant : « il n'est pas au pouvoir de prince au monde, de lever impost à son plaisir sur le peuple, non plus que prendre le bien d'autruy : comme Philippe de Commines remonstra sagement aux estats tenus à Tours (1) ». On peut se demander pourquoi Bodin fait cette unique exception à l'absolutisme de la souveraineté. Si le prince est juge de l'utilité qu'il peut y avoir à donner tel ou tel ordre à un ou plusieurs sujets, et ainsi à empiéter sur leur liberté naturelle, — même à prendre leur vie, en les envoyant à la guerre, — pourquoi ne l'est-il pas de l'utilité qu'il peut y avoir à empiéter partiellement sur leur droit de propriété, quand l'intérêt de l'État le demande? Il y a là une contradiction qui ne s'expliquerait pas, si on ne se rappelait qu'elle correspond à une certaine notion de l'impôt très répandue au moyen âge et que la tradition des États généraux contribuait à perpétuer.

(1) Liv. I, ch. 8, p. 140. — Une seule exception est réservée : la nécessité du salut public : « Si la nécessité est urgente, en ce cas le prince ne doit pas attendre l'assemblée des estats, ni le consentement du peuple, duquel le salut dépend de la prévoyance et diligence d'un sage prince. » (*Ibid.*) — Il y a sept moyens de « faire fonds » aux finances : le premier, le moyen essentiel et normal, ce sont les revenus du domaine public ; le dernier, c'est l'impôt : « il n'y faut jamais venir si tous les aultres moyens ne défaillent » (liv. VI, ch. 2, p. 856 et s.). — A l'égard du domaine, les princes « n'en sont pas usufructiers, ains usagers seulement, qui doyvent (la république et leur maison entretenuë), garder le surplus pour la nécessité publique » (p. 860).

On voit que les idées de Bodin sur les lois fondamentales ne forment pas un tout bien lié : ou plutôt, abstraction faite du droit naturel et du droit des gens, il ne considère comme absolument fondamentales que les lois qui établissent la souveraineté, rejetant toutes les autres règles du droit public dans la catégorie des lois et coutumes ordinaires. Les sacrifie-t-il pour cela au bon plaisir du prince ? Non pas : ces antiques coutumes ont une autorité réelle, Bodin le reconnaît : quand il abandonne la théorie abstraite pour reprendre contact avec la réalité, il redevient fidèle à la tradition. Mais il a le tort de méconnaître que les coutumes et les lois qui ont pour objet le mode d'exercice de la souveraineté peuvent bien être aussi *fondamentales* que celles qui l'établissent et en règlent la dévolution, étant aussi *naturelles*, c'est-à-dire produites par certaines conditions de race, de religion, de mœurs et même de climat. Il est peut-être dans le vrai quand il se refuse à concevoir le bon *gouvernement* comme un mécanisme absolument rigide, et quand, prenant pour termes de comparaison la règle de Policlète, qui « estoit si droite et si ferme qu'elle ne pouvoit ployer de part ni d'autre », et la règle lesbienne, « qui estoit de plomb, afin qu'en ployant, elle s'accommodât en tous sens », il écrit avec beaucoup de finesse qu' « il faut, pour éviter la fermeté immuable de la reigle de Policlète et la variété et incertitude de la reigle lesbienne, forger une troisième reigle, qui ne soit si roide qu'elle ne puisse ployer doucement quand il en sera mestier, et se redresser aussi tost : c'est-à-dire qu'il faut suyvre la justice harmonique... au gouvernement de l'estat (1). » Mais

(1) Liv. VI, ch. 6, p. 1019-1020. — Bodin ajoute : « Si le prince gouverne sans aucune loy,... ce gouvernement ne peut estre durable ny asseuré ; ...beaucoup moins y aura de seureté si tout se gouverne par égalité et loix immuables, sans accommoder l'équité à la variété particulière des lieux, des temps et des personnes... Ces deux proportions de gouvernement arithmétique et géométrique, l'un par loix seulement, l'autre à l'arbitrage

s'il peut être légitime et même nécessaire qu'il y ait du jeu dans les rouages, de la souplesse dans le gouvernement, encore aurait-il fallu reconnaître plus nettement le caractère fondamental de certains de ces rouages, de certaines coutumes de gouvernement.

Après cet exposé des théories de Bodin, on peut être assez bref sur celles de Grégoire de Toulouse, dont le traité *De Republica*, beaucoup plus volumineux encore que la *République* de Bodin, parut deux ans après, en 1578. Les idées de Grégoire sont peu différentes de celles de son devancier.

Dans la même mesure que Bodin, Grégoire est traditionaliste ; il est à la fois inquiet et indigné des attaques dirigées par les rebelles contre les lois fondamentales. « L'audace de certains hommes, dit-il, est si grande, si grande leur présomption et leur témérité, qu'ils ne craignent pas, violant le droit des gens lui-même, de nier ouvertement et avec impudence, ou de fausser au gré de leurs passions et de leur fantaisie, les principes premiers de tous les états politiques, les lois divines et humaines qui les régissent ; et si vous leur objectez que voilà des siècles, voilà mille ans que le gouvernement de l'État s'est maintenu et a prospéré, que ces lois sont les lois royales, les lois fondamentales de l'État [1], ils vous disent : qui a fait ces lois, et qu'est-ce qui empêche que nous les changions ? est-ce qu'elles n'ont pas eu un commencement, pour qu'elles ne puissent avoir une fin ? [2] » Mais Grégoire leur répond : « Ces lois fondamentales qui se sont développées et fortifiées en même temps que le royaume, qui se sont enracinées par une si longue confirmation de

du gouverneur sans loix, ruynent les républiques ; ...composés ensemble par proportion harmonique, ils servent à maintenir les estats. »

(1) « Tales esse leges principatus, tales imperii fundamentales ».

(2) Lib. I, cap. 1 ; t. Ier, p. 1. — Je renvoie à l'édition de Lyon, 1609, 2 tomes en un vol. in-f°.

temps [1], on ne peut les ébranler sans causer le bouleversement et la ruine de l'État. Et certes il est facile de trouver non seulement dans tous les royaumes, mais même en toutes choses, quelque défaut, quelque vice, quelque abus ou inconvénient : mais il est moins facile, une fois l'État bouleversé, de le remettre sur un meilleur pied. Les royaumes vieillissent, et avec eux l'empire et la vigueur des lois : mais il vaut mieux conserver l'arbre séculaire avec ses défauts ou ses parties mortes, et le soigner, que de l'abattre, d'en planter un nouveau, et d'en attendre des fruits qui ne viendront peut-être jamais. Il vaut mieux supporter une violente migraine, qui ne dure qu'un temps [2], que de se faire couper la tête. Ce n'est pas sans la longue expérience des âges ni sans crises que les lois fondamentales des royaumes se sont affermies, et il ne faut pas se figurer que les législateurs qui les ont établies en leur temps aient ignoré leurs inconvénients, mais qu'ils ont accepté de moindres maux pour en éviter de plus grands, et qu'ils ont adopté ce qu'il y avait de meilleur. [3] »

C'est donc le temps, la coutume, qui font toute l'autorité des lois fondamentales ; leur source apparente a beaucoup moins d'importance. « A l'origine, ou bien c'est le peuple qui impose sa loi au prince, ou c'est le prince qui impose sa loi au peuple, ou enfin c'est un tiers qui l'impose au nom du prince et du peuple à la fois [4] ». De nouvelles lois fondamentales peuvent même être introduites, au cours des âges, dans la constitution de l'État [5] : ainsi, en France, celles de l'inaliénabilité du domaine, de l'exclusion des femmes de la

(1) « Leges illæ fundamentales regnorum quæ jam coaluerunt, et radices cum longa temporis comprobatione egerunt... »

(2) « Pati capitis dolorem, aut hemicraneam temporalem. »

(3) Lib. VII, cap. 19 ; t. Ier, p. 232.

(4) *Ibid.*, p. 229.

(5) « In regnorum *constitutione* vel post adjectæ. » Grégoire est peut-être un des premiers à employer dans ce sens le mot *constitutio*.

succession au trône, de l'indivisibilité du royaume et de primogéniture, de l'exclusion des bâtards même légitimés. Mais, ajoute Grégoire, ordinairement les lois fondamentales *(regni leges)* sont plus durables, quand elles sont introduites par les princes que quand elles sont imposées par le peuple : surtout s'il s'agit de lois nouvelles dans un royaume déjà ancien dont la constitution est affermie (1). Car il répugne au régime monarchique que le peuple fasse la loi au prince, et le prince s'en affranchira quand il en aura le pouvoir.

Une loi fondamentale nouvelle peut donc être introduite par le roi ; mais le roi n'étant pas, *stricto jure*, astreint à ses propres lois ou à celles de ses prédécesseurs (2), va-t-il pouvoir l'enfreindre ou la changer ? — Non. Mais il faut s'entendre : la loi faite par le prince n'aura ce caractère d'immutabilité, elle ne s'incorporera aux lois fondamentales que si elle rentre dans la catégorie des lois sur lesquelles s'appuie et se fortifie le principat. Grégoire comprend les lois fondamentales de la même manière que Bodin ; ne sont proprement telles que celles qui fondent la souveraineté, qui donnent sa forme à l'*état* et assurent sa perpétuité. Elles sont ainsi étroitement limitées ; mais en revanche elles sont absolument inviolables pour le prince, aussi bien que pour le peuple (3).

(1) « Quando post fundatum et stabilitum regnum, nempe si antiquum sit, innovantur. » — *Ibidem*, p. 230.

(2) Lib. VII, cap. 20 ; t. Ier, p. 235-236.

(3) « Sed et leges quæ stabilierunt principatum, ut de successione primogeniti, de prohibita dominiorum alienatione, de exclusione fœminarum a successione regni, et de aliis, non possunt a principibus per legem ad principatum pervenientibus, rumpi et infringi ; nisi et regni et principatus qualitas et status pervertatur ; nec qui principatum obtinere voluerit mutata lege regni, potest evadere titulum tyranni, quia præter legem usurpabit principatum... De aliis idipsum collige principatibus, in quibus si quis pro arbitrio leges voluerit successionis vel electionis confringere, futurum est nullam rempublicam fore firmam, tutam, aut probis legibus aut moribus conservandam : neque aliud universus erit orbis in quo talia

D'ailleurs le roi est soumis, en outre, à la loi naturelle, à la loi divine et à la loi ecclésiastique[1]. Grégoire, sur ce dernier point, est plus explicite que son devancier. Bodin soumettait bien vaguement le prince à la loi divine, mais qu'entendait-il par « ce grand Dieu de nature » dont il parle souvent ? La loi divine se confond chez lui avec la loi naturelle. Grégoire ne fait pas la même confusion ; il range la loi divine ou révélée et la loi ecclésiastique dans la catégorie des lois qui obligent le prince comme émanant d'un supérieur. En posant nettement cette importante limitation positive au pouvoir du prince, Grégoire est bien plus fidèle à la tradition ; s'il fait de ce qu'on appelle le *droit divin* la base de la souveraineté, il lui conserve toute sa valeur comme limitation du pouvoir.

Au surplus, le prince est tenu par ses contrats [2]. Et enfin les coutumes reçues pour le gouvernement du royaume, bien qu'elles ne soient pas nécessairement immuables, bien qu'elles ne s'imposent pas absolument au prince (et sur ce point Grégoire mérite le même reproche que Bodin), ont cependant une autorité très grande. Cette théorie étant déjà connue, nous n'insisterons pas. Il faut remarquer, à propos des États généraux, que Grégoire, évitant la contradiction où Bodin était tombé, ne leur reconnaît pas, à titre de droit absolu, le libre vote de l'impôt. C'est au livre *Du Conseil*, qu'il traite des assemblées générales des trois états [3]. En France, dit-il, elles ont lieu dans trois cas principalement.

innovabuntur, quam spelunca latronum, et lerna malorum, et omnia vi potius quam justitia agentur. » (*Ibidem*, p. 236). — « Ita et princeps et populus quoque subjiciuntur legi regni. » (*Ibidem*).

(1) *Ibid.*, p. 233-234.

(2) « Quando etiam lex et constitutio principis transit in contractum, revocari non potest in præjudicium eorum quibus jus ex eadem quæsitum est ; sic privilegia quæ conceduntur a principe per viam pacti, non possunt revocari. » (*Ibid.*, p. 236.)

(3) Lib. XXIV, *De consilio*, cap. 5 ; t. II, p. 193-194.

D'abord pour la nomination d'un gouverneur ou régent du royaume, s'il arrive que l'héritier du trône soit mineur, ou insensé, ou retenu captif par l'ennemi. — Ensuite pour la réformation des abus ; si on néglige d'y remédier, les sujets sont tentés de se révolter ; aussi les assemblées d'États devraient-elles être plus fréquentes (1). Les rois connaissent, par les doléances des États, les maux du royaume, et peuvent y pourvoir. — Enfin, pour l'imposition des subsides : « dans l'assemblée des États, en effet, le prince ou son représentant expose aux députés chargés des intérêts du peuple les besoins du royaume et les affaires du roi, qui exigent nécessairement et légitimement aide et secours de la part des sujets ; il leur demande, il les prie de ne pas abandonner le roi et le royaume en de si graves circonstances, mais au contraire de lui subvenir d'eux-mêmes (*sponte*) par les moyens les plus pratiques qu'ils pourront trouver et les moins onéreux pour le peuple. En ce faisant, le prince n'entend pas mettre sa puissance royale sous la dépendance du peuple ; car il peut, de son droit propre et sans le consentement des sujets, imposer et exiger des subsides ; mais il veut leur montrer paternellement quelles nécessités l'obligent à leur demander ces contributions pour le bien de l'État... Si le roi était soumis aux États généraux, son pouvoir ne serait plus monarchique, mais démocratique. » Ainsi Grégoire, tout absolutiste qu'il est, n'est pas autocratiste ; il admet en somme le gouvernement *par très grand conseil* ; seulement il se refuse à détacher du faisceau de pouvoirs qui forme la souveraineté celui de lever des impôts pour les besoins de l'État. Tandis que Bodin admet encore, et assez illogiquement, une vieille théorie de l'impôt très courante au moyen âge, Grégoire l'abandonne pour faire rentrer l'impôt

(1) « Secunda causa congregationis statuum, quæ certe frequentiores esse debere convocationes admonet... »

dans la catégorie des obligations normales des sujets à l'égard du pouvoir souverain. Il n'est d'ailleurs pas le premier de cette opinion, et bien avant lui, des publicistes et même des théologiens, — Gerson par exemple [1], — avaient mis le pouvoir d'imposer au nombre des attributs ordinaires de la souveraineté.

VI

La Ligue (1585-1593) et les lois fondamentales.

Les idées dont Bodin et Grégoire s'étaient faits les défenseurs allaient être de nouveau fortement battues en brèche par les théories démocratiques issues de l'enseignement scolastique, déjà exploitées par les protestants, et devenues le credo politique des ligueurs, ou du moins d'une partie d'entre eux. Il y eut, on le sait, deux courants dans la Ligue : il y eut la Ligue pour la défense de la religion catholique et le maintien de la loi fondamentale de *catholicité*; et il y eut la Ligue pour les Guise et pour le roi d'Espagne. Il y eut la Ligue vraiment française qui désarma lorsqu'Henri IV eût abjuré le protestantisme ; et il y eut la Ligue espagnole qui alors redoubla de violences. Ce mouvement suscita, on le pense bien, des polémiques ardentes, où les lois fondamentales furent discutées avec passion. Nous allons essayer de dégager les traits dominants des théories qui se firent jour alors.

Dans son manifeste publié le 31 mars 1585 [2], après que la

(1) Ci-dessus, p. 53 n. 3.

(2) *Déclaration des causes qui ont mû Monseigneur le Cardinal de Bourbon*... (etc.), dans les *Mémoires de la Ligue* (éd. de 1758, 6 vol. in-4°), t. I, p. 56-63.

mort du duc d'Anjou eût fait du roi de Navarre (le futur Henri IV) l'héritier présomptif de la couronne, la Ligue se montre encore assez modérée (1). Elle proteste qu'« en ce royaume très-chrestien, on ne souffriroit jamais régner un hérétique, attendu que les sujets ne sont tenus de reconnoître, ni souffrir la domination d'un prince dévoyé de la foi chrétienne et catholique, étant le premier serment que nos rois font, lorsqu'on leur met la couronne sur la tête, que de maintenir la religion catholique, sous lequel serment ils reçoivent celui de fidélité de leurs sujets et non autrement ». En conséquence, le cardinal de Bourbon est déclaré « premier prince du sang » ; et c'était en effet l'application exacte de la loi salique combinée avec la loi de catholicité (2). Pour le surplus, la Ligue affirme son respect des « règles fondamentales de l'État de France », nées avec le nom royal lui-même. Elle réclame seulement la périodicité des États généraux « de trois en trois ans pour le plus tard », estimant que ces assemblées sont « l'ancien remède des plaies domestiques et comme une conférence entre le prince et les sujets, pour revenir ensemble à compte de la dûe obéissance d'une part, et de la dûe conservation d'autre ».

Les États généraux furent réunis peu d'années après, en 1588 ; et c'est dans cette assemblée mémorable que Henri III, avec les représentants de la nation, proclama *loi fondamentale* la nécessité pour le roi de France d'être catholique, et la reconnaissance de la religion catholique comme seule religion de l'État. Cet acte mérite qu'on l'examine avec soin. Quelle idée se faisait Henri III, et quelle idée les députés se faisaient-ils de la nature des lois fondamentales ? Il semble

(1) Par ailleurs, elle prenait les armes sans l'ordre ni l'autorisation du roi ; c'était le commencement de la sédition.

(2) A moins que l'on ne considère (ce qui serait très admissible), que l'entrée dans les ordres entraînait exclusion de la succession à la couronne. — Le cas est unique.

bien qu'ils aient eu la pensée d'en introduire une nouvelle. Dans son édit de juillet 1588 (antérieur de deux mois et demi à la réunion des États), le roi « jure et renouvelle le serment par lui fait en son sacre de vivre et mourir dans la religion catholique, ... promouvoir l'avancement d'icelle, employer toutes ses forces et moyens pour extirper de son royaume tous schismes et hérésies » ; il « ordonne et veut que tous ses sujets unis jurent et promettent dès à présent et pour jamais... de ne recevoir à être roi, prêter obéissance à prince quelconque qui soit hérétique ou fauteur d'hérésie », et il « veut, statue, et ordonne que ces articles soient tenus pour loi inviolable *et fondamentale* de son royaume (1) ». Henri III pensait donc alors qu'il pouvait, de son propre chef et par un simple édit, *faire* une loi *fondamentale*. Mais trois mois après, le 16 octobre, le roi disait aux députés assemblés : « Bien que j'aie juré très saintement et solennellement mon saint édit d'union, ... je suis d'avis, pour le rendre plus stable, que nous en fassions une des lois fondamentales du royaume (2) ». Ne l'était-il donc pas déjà, et le roi pense-t-il maintenant que pour faire une loi fondamentale le concours du prince et de la nation soit nécessaire? Il est bien probable que c'est l'idée que les députés s'en faisaient ; mais il est bien probable aussi que le roi a simplement pensé tenir un langage et une conduite habiles en flattant chez les représentants de la nation le sentiment de leur autorité (3).

(1) Isambert, *Anc. lois fr.*, t. XIV, p. 618-619.

(2) *Ibid.*, p. 626.

(3) Il est à remarquer que dans la *Déclaration* que le roi fit lire avec l'édit aux députés et qu'ils approuvèrent par leur serment, il n'est question que de « l'avis et consentement » des États ; le roi parle seul et en son nom propre : « ...Nous avons, par le conseil de la reine notre très honorée dame et mère, des princes de notre sang, cardinaux et autres princes de notre conseil, et *de l'avis et consentement de nos trois états* assemblés et convoqués par notre commandement en cette ville de Blois, statué et ordonné... par ces présentes signées de notre main, que notre dit édit

Mais il y a plus. Le prince aussi bien qu'eux n'étaient-ils pas dans l'erreur en croyant *faire* une loi fondamentale nouvelle ? A tout prendre, l'*Instruction* du 4 janvier 1577, que nous avons eu occasion déjà de citer (1), était plus près de la vérité ; elle ne pensait pas qu'il fallût établir en loi fondamentale nouvelle la *catholicité* du prince, pour cette bonne raison que cette loi fondamentale existait depuis les premiers temps de la monarchie ; il s'agissait seulement de la bien mettre en lumière, de la proclamer hautement, puisqu'elle était menacée. Il est surprenant qu'en 1588 ni le roi ni les députés ne s'en soient souvenus. Au lieu d'opposer aux calvinistes une loi nouvelle, qui avait toute l'apparence d'une loi de circonstance et d'une arme de parti, que les protestants ne manquèrent pas de rejeter comme absolument nulle, et imposée au roi par violence (2), il aurait été plus habile et plus conforme à la vérité historique de leur opposer la loi antique du royaume. C'était le vrai et solide terrain sur lequel il fallait se placer; mais la théorie scolastique qui présentait les lois fondamentales comme l'œuvre absolument libre et volontaire de la nation ou des États était si répandue,

d'union ci-attaché sous le contre-scel de notre chancellerie, soit et demeure à jamais *loi fondamentale* et irrévocable de ce royaume, et comme tel, voulons et ordonnons qu'il soit gardé par tous nos sujets présents et à venir, et que par eux il soit présentement juré. » (*Ibid.*, p. 630.) Rapprocher encore les paroles du roi au moment de la prestation du serment : « ...Veux et ordonne qu'il (l'édit) soit observé à jamais en mon royaume pour loi fondamentale, et en témoignage perpétuel *de la correspondance et consentement universel* de tous les états de mon royaume, vous jurerez présentement l'observation de ce mien édit d'union. » (*Ibid.*, p. 631.)

(1) *Supra*, p. 105-106.

(2) « Outre que c'est aux lois et non aux rois de disposer de la succession de cette couronne, il est trop commun et notoire qu'au lieu que l'assemblée desdits états devait être une délibération libre, que ce ne fut qu'une conjuration découverte contre l'autorité du feu roi... Et n'est pas à présumer que ledit feu roi eût voulu sciemment rompre et enfreindre ladite loi salique. » (*Déclaration* de Henri IV, datée de Chartres, 29 janvier 1593 ; dans les *Mémoires de la Ligue*, t. V, p. 281.)

que les députés ne doutèrent pas qu'ils n'aient pu faire et qu'ils n'aient fait une loi *fondamentale.*

Et puis, cette *loi de religion* apparaissait sous un jour tout particulier. L'*Instruction* de 1577 disait déjà d'elle qu'elle « n'est point seulement l'ancienne coustume, mais la principale et fondamentale loy du royaume, la forme essentielle qui donne le nom et le titre de chrestien à nos rois », et que « ladite loy de religion est beaucoup plus fondamentale que n'est la loy salique (1) ». Plus tard, les ligueurs outrés iront jusqu'à proclamer que la loi de catholicité est *la seule* loi fondamentale, et qu'il est loisible d'appeler sur le trône de France un prince étranger, comme le duc de Guise, ou même le roi d'Espagne ou son frère l'archiduc Ernest, ou encore une princesse étrangère, comme l'infante (2). Ils oublieront que si, par essence, la loi religieuse est supérieure à la loi politique, du moins elle n'en est pas exclusive. S'il n'était pas exact, en France, nation catholique, de dire comme Guy Coquille, que « la question si aucun est hérétique, appartient au jugement de l'Église, mais que la question si l'hérésie rend inhabile et indigne de la couronne... est à décider par les États de France et non au Pape (3) », il n'en est pas moins vrai que, en droit politique pur, il suffisait de reconnaître à la loi de religion son caractère, en France, de loi politique. Au lieu d'invoquer contre Henri de

(1) *Mémoires de Nevers*, t. I, p. 448.

(2) En admettant que le cardinal de Bourbon fût exclu (cf. *supra*, p. 134 n. 2), la couronne devait être déférée, dans la maison de Bourbon, après lui au plus prochain capable de succession. Si toute la branche de Bourbon devait être considérée comme défaillante, les princes de cette maison se trouvant tous dans un cas d'exclusion, la succession devait passer à la branche de la maison de France la plus proche après celle de Bourbon. De toutes manières, il n'aurait pas dû être question d'élire ni de renverser les lois fondamentales.

(3) *Discours des droits ecclésiastiques et libertés de l'Église gallicane*, ...*1591*; dans ses *Œuvres* (Bordeaux, 1703, in-f°), t. Ier, p. 191.

Navarre la condamnation de Rome, que les huguenots tenaient pour non avenue, et de répondre à leurs arguments tirés de la loi politique de succession au trône (1), en leur opposant une loi religieuse qu'ils ne reconnaissaient pas, il eût été plus habile et même plus vrai de se placer uniquement sur le terrain des lois fondamentales, du droit politique, que les huguenots ne pouvaient récuser, et de leur montrer que la proximité de degré, la primogéniture et le sexe masculin n'étaient pas les seules conditions exigées pour succéder à la couronne, mais qu'il y en avait encore une quatrième, la *catholicité*. La *fondamentalité* de cette loi était assez facile à établir par la tradition constante de la monarchie et par le serment du sacre.

Aussi bien, c'est ce qu'avait fait la Ligue à ses débuts, et ce que continuait à faire la Ligue *française*, celle qui entendait avoir un roi catholique et français (2). Mais les

(1) V. par exemple Fr. Hotman, *De jure successionis regiæ*..., s. l., 1588, in-8°, et les écrits des catholiques royaux qui méconnaissaient la *loi de religion*, comme l'*Apologie catholique*..., de Pierre de Belloy (s. l., 1585, in-8°).

(2) V. par exemple le *Panégyrique de l'Hénoticon ou Édict de Henri III... sur la réunion de ses sujets à l'Église catholique*..., *par M. Honoré de Laurens, conseiller du Roy et son advocat général en la Court de Parlement de Provence* (s. l., 1588, in-8°), p. 197, 333, 354-355, 357-358 ; — voir encore l'*Advis donné en la chambre de la noblesse* des États de 1593 (dans Bernard, *Procès-verbaux des États généraux de 1593*, Paris, 1842, in-4°, p. 731), et le fameux arrêt du Parlement du 28 juin 1593, ou arrêt de la loi salique (*ibid.*, p. 546-548 et p. 742-744). — Le duc de Mayenne lui-même, chose assez curieuse, ne se refuse pas, à l'occasion, à envisager la question sous ce jour : dans sa *Déclaration* de décembre 1592, il invoque « la loy fondamentale du royaume, qui requiert au prince qui prétend droict à la couronne, *avec la proximité du sang*, qu'il soit catholique » (*ibid.*, p. 32). Il est vrai qu'en admettant « la proximité du sang », son parti a en vue l'infante d'Espagne, petite-fille de Henri II par sa mère. — Cf. encore Pigenat, *L'aveuglement et grande inconsidération des Politiques*..., Paris, 1592, in-8°, p. 36 : il invoque, — très subsidiairement, du reste, — la tradition, « la practique qui a esté depuis Clovis », et qui s'est établie « avec prescription de temps ». Il fait d'ailleurs bon marché de la loi salique.

ligueurs exaltés étaient bien loin de cette sage fidélité aux lois du royaume, et traitaient les autres d'hérétiques. Imbus de cette idée qu'il appartient au peuple de faire et de défaire les lois fondamentales, ils aboutissent à les nier purement et simplement. Cette tendance anarchique se manifestait déjà dans l'assemblée de 1588. Les ligueurs entendaient que les États parlassent en maîtres, et que « leurs cahiers fussent publiés ainsi qu'ils le résoudraient, sans y rien changer. Ne sont-ce pas, disaient-ils, les États qui ont donné aux rois l'autorité et le pouvoir qu'ils ont ? (1) » L'année suivante, la Sorbonne « déliait les Français du serment de fidélité », et Boucher proclamait que Henri III n'était plus, en droit, roi de France. Le tyrannicide était prêché ouvertement, et cette propagande porta ses fruits avec Jacques Clément et Jean Châtel, dont les ligueurs firent des saints.

La littérature révolutionnaire de la Ligue est intéressante. A côté d'un débordement inoui d'injures grossières et de calomnies invraisemblables, on y trouve toute une doctrine politique coordonnée ; et cette doctrine, dans son ensemble, n'est autre que celle qu'enseignait l'École. Les chefs-d'œuvre du genre sont le traité de Me Jean Boucher, docteur en théologie, *Sur la juste déposition de Henri III*, les *Sermons* du même Boucher contre Henri IV (2), et un autre gros ouvrage attribué, — sans raison suffisante, — à Guillaume Rose (3). « Ce sont, dit Boucher, les estats en qui naturellement et originairement réside la puissance souveraine et majesté publique, qui fait et establit les roys, qui sont par le droit des

(1) Procès-verbal du tiers, et Palma Cayet, cités dans Picot, *op. cit.*, t. III, p. 394.

(2) *De justa Henrici tertii abdicatione e Francorum regno libri quatuor*; Paris, 1589, in-8°. — *Sermons de la simulée conversion et nullité de la prétendue absolution de Henry de Bourbon à Saint-Denys, le dimenche 25 juillet 1593*; Paris, 1594, in-8° (chez Chaudière).

(3) *De justa reipublicæ christianæ in reges impios et hæreticos authoritate*; Paris, 1590, in-8°.

gens, et non de droit divin ou de nature. » Quand les États ont établi un gouvernement, ils conservent toujours le droit de le changer : « la puissance de lier et délier, pour cest égard, demeure aux peuples et estats, qui sont éternellement gardes de la souveraineté, juges des sceptres et des royaumes, pour en estre et l'origine et la source, comme ceux qui ont fait les roys, non par nécessité ou contrainte, mais par leur franche volonté ; estant en eux de choisir, de plusieurs sortes de gouvernemens, celuy qui leur est le plus utile. » Boucher, du reste, reconnaît que le monarchique est le meilleur ; mais si le peuple s'y tient, c'est qu'il le veut bien ; et il conserve toujours « ceste liberté de destituer et changer les rois, selon que le cas y eschet (1) » ; il est même licite, s'ils deviennent tyrans, de leur faire la guerre et de les tuer (2). Les ligueurs outrepassent ici l'enseignement de leurs maîtres (3). Mais c'est un excès où leur doctrine paraît conduire si naturellement dans les temps de troubles, que comme avant eux les huguenots, ils y tombent (4).

On voit ce que deviennent les lois fondamentales avec ces

(1) *Sermons de la simulée conversion*, f°s 157 v°, 158. — Cf. le *De justa Henrici tertii abdicatione* : « Parum est institutos esse a populis reges, nisi suam reipub. supra eos vel constitutos potestatem ac majestatem remanere constet » ; ce que Boucher entreprend de prouver par la sainte Écriture (f° 19 r°). — « Ut tamen eorum potentiam respub. dilatare, restringere, commutare... possit », dit le *De justa reipub... authoritate*, f° 62 r°.

(2) « Populo in regem potestas est vitæ ac necis » (*De justa Henrici...*, f° 20 v°) ; — cf. lib. I, cap. 25-28, « Belli justi exempla etiam in proprios reges » ; et lib. III, cap. 15, 16, 17, où est établie la légitimité du tyrannicide : « tyrannum religioni ac patriæ infensum licet occidere » (f° 169 r°) ; « privatus quivis tyrannum reipub. hostem occidere potest » (f° 170 r°) ; le chap. 18 « répond aux objections ». — *De justa reipub...*, f° 407 r° : « Scriptura clare approbat tyrannicidas. » Cf. tout le ch. 10, notamment les § 5 et s., f°s 393 et s.

(3) La doctrine du tyrannicide avait été condamnée par le concile de Constance, session XV (Labbé et Cossart, *Sacros. concil.*, t. XII, col. 144.) Cf. Féret, *Le pouvoir civil devant l'enseignement catholique*, p. 199 n. 4.

(4) Cf. *supra*, p. 104 n. 4.

pédants révolutionnaires (1) ; il n'y en a plus. Alors que le bon sens eût voulu qu'on cherchât une solution résultant de la combinaison de la loi de succession et de la loi de catholicité, ils font table rase de tout droit établi. La loi salique ? une loi faite par des païens, dit l'un (2); — une loi que le peuple a faite et qu'il peut défaire, dit l'autre (3). D'ailleurs, en principe absolu, le droit d'élection demeure toujours supérieur au droit héréditaire (4). D'une manière générale, toutes ces lois qui ne sont pas identiques chez tous les peuples, et qui par conséquent ne sont ni de droit divin, ni de droit naturel, — forme monarchique de l'État, hérédité, exclusion des femmes, etc., — dépendent absolument de la volonté du peuple, de son choix, de sa libre institution (5), de sa *raison* (6). A l'origine, il combine et dose selon sa sagesse un mélange de monarchie, d'aristocratie et de démocratie, — « et il est manifeste qu'on a procédé ainsi dans tous les royaumes de l'Europe », dit un de ces auteurs.

On sent, par cette réflexion, combien, en politique, les abstractions *a priori* peuvent faire déraisonner; de même le

(1) Le résultat de cette propagande fut l'anarchie partout; le cardinal d'Ossat en fait la remarque en spectateur impartial (v. Weill, *op. cit.*, p. 255).

(2) Pigenat, *op. cit.*, p. 51 : « ... la loy salique, qui peut patir éclypse estant instituée des hommes, et mesme infidèles. »

(3) *De justa reipub.*, ci-dessous, n. 5 et 6 ; etc.

(4) « Vis adeo electionis supra hæreditarium jus tanta fuit, ut... » etc. (*De justa Henrici...*, f° 18 v°.)

(5) « Hoc totum a populorum voluntate et approbatione manasse » (*De justa reipub.*, f° 5 v°). — « Certe nec Deus, nec natura quæ apud omnes una est, sed ipsorum populorum voluntas, arbitrium, designatio, et libera quum respub. suas primo formarunt aut postea correxerunt institutio » (*ibid.*, f° 10 r°).

(6) « Eadem *ratio* prudentes homines et in fundanda republica providos instruxit, ut regum suorum monarchiam partim aristocratia, partim democratia magis minusve temperarent (quod in omnibus Europæ regnis factum fuisse manifestum est), prout generali totius reipublicæ bono... videbant expedire. » (*Ibid.*, f° 10 v°.)

préjugé théorique en faveur de l'élection, qui dominait l'esprit des ligueurs outrés, explique en partie qu'ils aient consenti à se faire l'instrument des intrigues et des ambitions espagnoles, et qu'ils n'aient pas su voir que la solution la plus pratique et la meilleure de la difficulté devait être cherchée dans la conversion de Henri de Navarre [1]. Ils firent tout ce qu'ils purent pour lui ôter l'envie de rentrer dans le catholicisme, et quand Henri IV eût abjuré, ils refusèrent de le reconnaître pour roi.

VII

Les traditionalistes : Guy Coquille, Du Vair, etc.

La vraie tradition française finit par triompher. Ce siècle si bouleversé, où les lois fondamentales avaient été si menacées, par les autocratistes, par les huguenots, par la Ligue, vit à son déclin leur vigueur et leur stabilité consacrée de nouveau par les événements, hautement proclamée par les théoriciens. Du Vair, le président L'Alouette, l'illustre Guy Coquille ont une doctrine des lois fondamentales conforme à l'antique tradition. « Lois fondamentales », « consti-

(1) Les catholiques royaux l'avaient bien compris : il faut « faire le roi de Navarre *catholique* et roi de France », disait Du Vair (*Exhortation à la paix adressée à ceux de la Ligue*, dans ses *Œuvres*, Paris, 1606, in-8°, p. 85). Du Vair et Guy Coquille reviennent fréquemment sur cette idée : pour le premier, v. ses *Œuvres*, p. 49, 88, 89, 141, 171 : — pour le second, *Œuvres*, t. I, p. 202, 207, 209-210. Les ligueurs modérés se ralliaient à cette solution : v. H. de L'Épinois, *op. cit.*, p. 581 et s. — Sur la conversion de Henri IV, cf. P. Féret, *Henri IV et l'Église catholique*, Paris, 1875, in-8°, et H. de L'Épinois, *op. cit.*, p. 602 et s.

tution » [1], « ancien établissement » [2], sont termes synonymes. Cette constitution est purement traditionnelle et coutumière, « pour ce que les anciens Français, grands guerriers et bons politiques, s'adonnaient plus à faire et bien faire, qu'à dire ni écrire [3] » ; elle est « engravée ez cœurs des François » comme disait l'archevêque de Lyon en 1593, à propos de la loi salique [4] », et comme le répètera plus tard Jérôme Bignon. Du Vair traite assez rudement les théoriciens *a priori* : « Il y en a, dit-il, qui pensent quand ils parlent d'un Estat, qu'ils parlent d'une idée, qui se peut former ou transformer en leur esprit, selon qu'ils se voudront imaginer... Tant s'en faut ; nous estimons que les Estats sont les principaux et excellens ouvrages de Dieu, sans la conduite et providence duquel jamais les esprits de tant d'hommes desbordez et enclins à licence, ne se laisseroient assembler et estreindre soubs le lien d'une seule loy et d'un seul prince [5]. » Cette espèce de définition, et d'autres analogues qu'on en pourrait rapprocher [6], permettent, soit dit en passant, de saisir la pensée de la plupart des théoriciens qui disent que le prince « est ordonné de Dieu » ; si quelques-

(1) Du Vair, Discours prononcé *en Parlement, après les Barricades*, dans ses *Œuvres*, p. 5.

(2) Guy Coquille, *Institution au droict des François*, Paris, 1609, in-4°, p. 3, p. 22, etc. — Cet ouvrage se trouve aussi au t. II des *Œuvres*, éd. de Bordeaux, 1703, in-f°.

(3) *Institution*, p. 2.

(4) A. Bernard, *Procès-verbaux des États généraux de 1593*, p. 293.

(5) *Response... à la lettre du Cardinal de Sega, ...1594*, dans ses *Œuvres*, p. 181.

(6) Celle-ci, par exemple, du président de L'Alouette : « La monarchie prend sa forme et existence d'État, en l'établissement d'un prince qui vit avec un peuple, en un degré supérieur, par une mutuelle correspondance de commander et obéir : dont il se fait un corps, qui *sous les adresses et mouvemens de l'Esprit divin*, se maintient par soi-même... sous cette symmachique intelligence et affection de vivre en réciproque devoir, d'être l'un envers l'autre bon prince et bon sujet » (*Des affaires d'Estat...*, Metz, 1597, in-8°, p. 1).

uns entendent par là (sans d'ailleurs bien préciser), que la maison de France soit supérieure à toute autre et au Saint-Siège lui-même, à raison d'une origine et d'un choix miraculeux, les autres veulent simplement mettre en relief le rôle de la Providence dans la formation et le développement des États et de leur constitution.

Guy Coquille, tout traditionaliste qu'il est, n'exclut pas la possibilité d'introduire de nouvelles lois fondamentales : mais « une loi du royaume, qu'on appelle fondamentale, c'est-à-dire qui soit telle que le roi et ses successeurs et le peuple y soient obligés, et ne puisse être révoquée par le roi, auquel rang est la loi salique, et la prohibition d'aliéner le domaine de la couronne incommutablement », une loi de ce genre ne peut être faite qu'en solennelle assemblée d'États généraux, par le concours du prince *et de la nation* ; c'est un des cas où « les états sont non seulement pour conseil, mais aussi pour déterminer en pouvoir (1) ». Coquille admet qu'Henri III et les États, en 1588, ont fait une loi fondamentale nouvelle : il la cite en exemple (2), — et c'était le seul qu'il pût invoquer. Il est traditionaliste, mais teinté de scolastique (3).

Si maintenant il s'agit de déterminer les différentes lois

(1) *Histoire du Nivernois* ; *Œuvres*, t. Ier, p. 445.

(2) « Comme fut la loi que le roi Henri III fit avec les princes et ses États à Blois, le 18 octobre de l'an 1588, qui le même jour fut jurée et publiée en pleine séance d'États » (*ibidem*).

(3) Cf. *ibidem*, un peu plus loin : « Les coutumes tiennent lieu et sont le vrai droit civil des provinces, en l'accordance desquelles coutumes est représentée l'ancienne liberté du peuple français, en tant qu'il avait et a encore aujourd'hui droit de faire loi sur soi-même, qui était le même droit qu'avait le peuple romain ». Ce passage s'accorde assez mal, on le verra, avec ce que Coquille dit du pouvoir législatif du roi. — Rapprocher ce passage de Du Vair, où les deux tendances se rencontrent dans une même phrase : « Car la *sagesse* de nos ancêtres avait *réglé* la majesté royale de si saintes *lois* et *traditions*, que jamais la puissance ne marchait sans la justice » (*Exhortation à la paix adressée à ceux de la Ligue*, p. 45).

fondamentales, Guy Coquille en donne une énumération dont les éléments sont déjà connus. « Le roi est monarque, et n'a point de compagnon en sa majesté royale (1) »; « le gouvernement de ce royaume est vraie monarchie, qui ne participe de démocratie ni d'aristocratie, comme aucuns ont voulu dire à cause des États et Parlements. Laquelle opinion est éloignée de la vérité, car si les États faisaient la démocratie, il y aurait temps et lieux certains pour les assembler, ce qui n'est pas : mais ils sont convoqués sous l'autorité et mandement du roi »; ils n'ont « aucune part ni communication en ce qui est du gouvernement », mais « sont conseillers du roi pour la détermination de ce qui se traite ès états (2) ». — « Moins encore doit-on croire que la considération d'aristocratie à cause des Parlements, soit recevable en ce gouvernement. Car les Parlements sont établis pour exercer justice ès causes des particuliers, et non pour faire lois, ni connaître d'affaires d'État (3). » Tel est le premier principe, d'où il résulte en particulier que le prince a seul le pouvoir législatif, « l'un des principaux droits de la majesté et autorité du roi (4) ».

Mais il en est un second, celui du gouvernement « par très grand conseil », comme aurait dit Beaumanoir. « Selon l'ancien établissement, le roi a des conseillers, les uns nés, les autres faits, sans l'assistance desquels *il ne doit* rien faire, puisqu'en sa personne il reconnait toutes les infirmités

(1) *Institution, Du Droit de Royauté*, p. 3.

(2) *Discours des états de France; Œuvres*, t. I, p. 276.

(3) *Ibid.*, p. 281. — Coquille exprime encore ailleurs la même idée : « Les Parlements... sont établis pour les causes des particuliers, et non pour affaires d'État, ce que le roi Charles IX fit entendre bien ouvertement. » (*Discours sur les causes des misères de la France; loc. cit.*, p. 215.)

(4) *Institution*, p. 3. — Les principaux « droits » royaux sont, en outre : de « rendre la justice », — « indire et commander la guerre », — « faire monnaie », — « lever deniers », — posséder le « domaine » « non aliénable », etc. (*Ibid.*, p. 4, 6, 14, 21, etc.)

des autres hommes. Les conseillers nés sont les princes de son sang, et les pairs de France... Les conseillers faits sont les officiers généraux de la couronne (1) », le Parlement, et les États généraux. « Le roi tient esdits Parlements son lit de justice avec les pairs de France ; et en iceux sont publiés et enregistrés les édits et constitutions que les rois font. Mais ès édits et arrêts le roi seul parle et reconnaît que la cour est son conseil, et ne la reconnaît pas pour compagne en cette puissance d'ordonner et faire lois (2). »

De même les États généraux ne sont autre chose qu'un grand *conseil* national. « La convocation des états, tant généraux de France que particuliers ès provinces, remarque l'ancienne honnête liberté du peuple auprès de son roi, non pas pour inférer que ce fût une espèce de démocratie,... mais pour reconnaître que les rois ne voulaient et ne devaient user de puissance souveraine autre qu'ordinaire et réglée par raison, et non absolue (3). » Les États ainsi caractérisés sont un organe essentiel de la constitution ; car ils « sont de beaucoup plus ancienne institution que les bailliages et sénéchaussées, qui ne sont que du temps de Philippe Auguste, et les états sont de la première institution du royaume (4). »

(1) *Ibidem*, p. 3.

(2) Et Coquille ajoute : « Auparavant l'édit de Roussillon de l'an 1564, lesdites cours de Parlement et autres souveraines avaient accoutumé d'user de modifications des édits, qui étaient un contrôle de la puissance du roi, car ces modifications étaient tenues pour loi. Mais par ledit édit leur a été interdit d'en user, et leur a été réservé seulement... de faire humbles remontrances. » (*Discours des États de France*, p. 281.) Cependant « les lois et ordonnances des rois doivent être publiées et vérifiées en Parlement, ou en autre cour souveraine, selon le sujet de l'affaire : autrement les sujets n'en sont liés ; et quand la cour ajoute à l'acte de publication que ce a été de l'exprès mandement du roi, c'est une marque que la cour n'a pas trouvé l'édit raisonnable » (*Institution au droit des François*, p. 3).

(3) *Histoire du Nivernois* ; — t. I, p. 444.

(4) *Ibid.* — Les rois, du reste, ne peuvent avoir de meilleurs conseillers que ceux « qui sont choisis par les provinces gens de preud'hommie et

Au surplus, « en certains cas les états ont pouvoir et autorité de plus grande efficace que de conseiller le roi [1] ». D'abord, « selon les anciennes lois de ce royaume, les rois ne mettaient pas sus les tailles, aides, huitième, gabelles et impositions de leur propre autorité, mais ils assemblaient les États généraux... Les rois n'avaient puissance de lever ces subsides de plein droit [2] ». Sous le règne « d'Hugue Capet et de ses successeurs rois a été maintenue cette honnête et ancienne liberté du peuple : en ce qu'il n'était loisible aux rois d'imposer aides, tailles et subsides nouveaux sur leur peuple, outre les anciens devoirs domaniaux, sans le consentement et accordance de leur dit peuple [3] ». Mais depuis Charles VII et Louis XI, « les rois ont commandé plus absolument, et de roi en roi se sont de plus en plus avancés ; l'expérience a fait connaître que de cette façon de gouverner sont advenues plusieurs incommodités et inconvénients [4] ».

En second lieu, « quand la couronne est vacante, ou quand il y a débat de la couronne entre les lignagers prétendants, c'est aux états de France d'en juger... J'entends les états, non seulement les députés des trois ordres, mais avec eux les princes du sang royal, les pairs de France et les officiers généraux de la couronne, car tous ensemble font les

d'honneur », tandis que, dans le conseil qu'ils se choisissent eux-mêmes, « ils peuvent être souvent trompés, parce que souvent s'approchent d'eux certains flatteurs qui sont autant d'ennemis couverts » *(ibid)*.

(1) *Discours des états de France*, t. I, p. 227. — *Hist. du Nivern.*, *ibid.*, p. 445.

(2) *Discours sur les causes des misères de la France*; t. I, p. 230-231.

(3) Coquille ajoute ici : « Cette manière d'accorder par le peuple au roi les tailles et fouages a été retenue par les provinces ayant droit d'états. » — Cf. l'*Institution*, p. 21.

(4) *Discours des états de France;* t. I, p. 279-280. — Ailleurs, après avoir rappelé encore l'ancien principe du consentement de l'impôt par les états, Coquille ajoute : « Le pouvoir des Parlements n'est pas tel, car il est pour juger les causes des particuliers, et pour recevoir, faire publier et enregistrer les lois que le roi fait » (*Hist. du Nivern.*, t. I, p. 445).

États de France [1]. En cas de simple contestation, les États doivent se borner à faire l'application des lois fondamentales.

L'intervention des États généraux serait encore nécessaire, d'après Guy Coquille, pour l'abrogation des lois faites sur leurs doléances et avec leur concours. Coquille admet ici une théorie qui s'était déjà fait jour aux États de 1576 [2] et qui devait être reprise plus tard par quelques théoriciens du XVIIIe siècle. Le roi, dit-il, après avoir entendu « les propositions qui lui sont faites de vive voix, par les orateurs de chacun ordre, et après avoir reçu les cahiers, ordonne lois, qui sont dites lois faites par le roi tenant ses états, qui sont lois stables et permanentes, et qui par raison sont irrévocables, sinon qu'elles soient changées en pareille cérémonie de convocation d'états ». Coquille ajoute d'ailleurs : « toutefois plusieurs rois s'en sont dispensés [3] ». Il ne s'agit pas ici, en effet, de lois *fondamentales*, mais des grandes ordonnances, comme celles d'Orléans (1560) ou de Blois (1579), rédigées d'après les *cahiers* des États.

On voit que Coquille reconnaît beaucoup plus de prérogatives aux États généraux qu'au Parlement. A l'encontre de cette école parlementaire qui depuis le commencement du siècle n'avait cessé de soutenir opiniâtrement les prétentions de la cour, jusqu'à faire de la *libre* vérification des édits une loi fondamentale du royaume [4], Coquille ne lui

(1) *Discours des droits ecclésiastiques et libertés de l'Église gallicane* ; t. I, p. 183 ; — même thèse, presque mot à mot, dans le *Discours sur les causes des misères de la France*, *ibid.*, p. 215 ; — dans le *Discours des états de France*, *ibid.*, p. 277 ; — dans l'*Histoire du Nivernois*, *ibid.*, p. 445.

(2) V. Picot, *op. cit.*, t. III, p. 100. Il faut remarquer que, dans la pensée des députés, ceci n'était que la conséquence d'un autre principe, — que Coquille rejette, — à savoir que les résolutions des états doivent être obligatoires pour le roi : *ibid.*, p. 96-97.

(3) *Institution*, p. 4.

(4) On connaît les fameuses paroles du président de Harlay, au lit de justice du 15 juin 1586, si souvent reproduites dans les écrits des parlemen-

reconnaît que le droit de remontrances avant l'enregistrement. Même préférence pour les États généraux chez le président L'Alouette, — dont on ose à peine citer le nom obscur à côté de celui de Coquille. L'un de ses « six points fondamentaires (1), qui sont les inviolables, essentiels et déterminés décrets du droit françois » et sur lesquels repose « l'architecture de la monarchie françoise », est « que par l'aide et avis du conseil général auquel se représente le corps universel de tout l'État, il soit pourvu à l'entretènement et sûreté d'icelui (2) ». Les prérogatives du Parlement ne sont pas considérées par lui comme *fondamentales*.

Sans trancher ici la question des pouvoirs et des rapports respectifs des Parlements et des États généraux, on peut dire que dans l'ensemble c'était la vraie tradition française qui prévalait chez les théoriciens de la fin du XVIe siècle, quand ils présentaient la constitution de la France sous les traits

taires ou dans les remontrances de la cour : « Nous avons, sire, deux sortes de lois, les unes sont les ordonnances des rois, qui se peuvent changer selon la diversité des temps et des affaires ; les autres sont les ordonnances du royaume, qui sont inviolables, et par lesquelles vous êtes monté au trône royal, et a cette couronne été conservée par vos prédécesseurs jusques à vous... Celle-là entre autres est une des plus saintes, et laquelle vos prédécesseurs ont plus religieusement gardée, de ne publier ni loi ni ordonnance qui ne fût *vérifiée* en cette compagnie. Ils ont estimé que violer cette loi, c'était aussi violer celle par laquelle ils sont faits rois. » (D'après la relation de Du Vair, dans ses *Œuvres*, p. 266-267.)

(1) L'Alouette, bien entendu, admet la distinction devenue banale des lois du royaume ou fondamentales et des lois ordinaires. « Il y a deux sortes de lois... Les unes concernent les règles et ordonnances de l'État, sur lesquelles a été du commencement bâti et dressé l'édifice du règne, par les ordres de ses propres mesures et convenables proportions, qui l'ont fait et font paroitre en cette forme et figure parfaite... Les autres sont les décrets et ordonnances du monarque. » (*Des affaires d'Estat*, p. 4.)

(2) *Ibid.*, p. 1 et 2 ; les cinq autres « points fondamentaires » se rapportent au principe monarchique, à la loi de succession au trône et à l'inaliénabilité du domaine. — Plus loin, p. 39-43, L'Alouette revient encore longuement sur les prérogatives des États en matière de finances ; v. encore p. 70.

d'une monarchie absolue dans son principe et tempérée dans son exercice.

Au reste, tout, dès lors, a été dit sur la question des lois fondamentales. Les événements, les conflits, les crises religieuses et politiques dont le xvie siècle fut rempli, ont fait se révéler et se préciser les diverses tendances qui, à son début, s'entremêlaient encore confusément. Ce seront presque toujours des idées déjà connues que nous allons rencontrer dans la suite. Mais elles se présenteront sous d'autres aspects, avec d'autres nuances, ou plus de développements. Il faut d'ailleurs, dans l'étude que nous avons entreprise, entendre tous les témoignages, et suivre cette généalogie d'idées jusqu'au bout de ses divers rameaux.

CHAPITRE III

Les Lois fondamentales au XVII[e] siècle

I

Théories de Loyseau, de L'Hommeau, de Le Bret ; —
les États de 1614.

Quoique la souveraineté, dit Loyseau, « consiste en puissance absolue, c'est-à-dire parfaite et entière de tout point », « toutefois, comme il n'y a que Dieu qui soit tout-puissant, et que la puissance des hommes ne peut être absolue tout à fait, il y a trois sortes de lois qui bornent la puissance du souverain, sans intéresser la souveraineté. A savoir les lois de Dieu, pour ce que le prince n'est pas moins souverain pour être sujet à Dieu ; les règles de justice naturelles et non positives, pour ce que c'est le propre de la seigneurie publique, d'être exercée par justice, et non pas à discrétion ; et finalement les lois fondamentales de l'État, pour ce que le prince doit user de sa souveraineté selon sa propre nature, et en la forme et aux conditions qu'elle est établie (1). »

Il y a donc, d'abord, des lois fondamentales *essentielles*, découlant de la loi divine et de la loi naturelle : elles se résument en cette règle, que « le propre de la seigneurie

(1) *Des Seigneuries*, ch. II, n[os] 8 et 9. — Première édition : 1608. Je renvoie aux *Œuvres* de Loyseau, Paris, 1666, in-f[o].

publique est d'être exercée par justice, et non pas à discrétion ». Ce que Loyseau appelle seigneurie publique, c'est-à-dire la souveraineté, par opposition à la « seigneurie privée », qui est « vraie propriété et jouissance actuelle de quelque chose », « consiste en la supériorité et autorité qu'on a sur les personnes ou sur les choses (1) » ; et cette supériorité et autorité, « qui consiste en la justice, n'attribue aucune seigneurie privée, et ne diminue aucunement la liberté parfaite du sujet, ou justiciable (2) » ; elle n'existe que dans l'intérêt de la nation elle-même.

Jusqu'ici c'est donc la conception traditionnelle de la souveraineté. Mais Loyseau va plus loin, et, beaucoup plus *étatiste* qu'aucun de ses devanciers, il définit la souveraineté « la propre seigneurie de l'État ». Elle est, dit-il « du tout inséparable de l'État, duquel si elle était ôtée, ce ne serait plus un État, et celui qui l'aurait, aurait l'État... La souveraineté est le comble et période de la puissance où il faut que l'État s'arrête et établisse. Et comme c'est le propre de toute seigneurie d'être inhérente à quelque fief ou domaine, aussi la souveraineté *in abstracto* est attachée à l'État, royaume ou république. Pareillement comme toute seigneurie est communiquée aux possesseurs de ce fief ou domaine, la souveraineté, selon la diversité des États, se communique aux divers possesseurs d'iceux ;... ès monarchies, elle appartient au monarque (3). » Cette confusion de la souveraineté et de l'État (4) était ignorée de l'ancienne France, au moins jusque vers le XVIe siècle ; ajoutons qu'elle est singulièrement

(1) Cette « supériorité », chez le prince, lui est « propre », tandis que « l'officier » ne l'a « que par exercice ». *Op. cit.*, chap. I, nos 26-28.

(2) *Ibid.*, n° 34. — « Pour ce qu'elle concerne les choses qui sont à autrui, ou les personnes qui sont libres, il faut en user avec raison et justice », *ibid.*, n° 33.

(3) *Op. cit.*, ch. II, nos 4 à 7.

(4) « L'État et la souveraineté prise *in concreto* sont synonymes », dit Loyseau, *ibidem*, n° 5.

dangereuse. C'est cette exagération de la personnification de l'État, bien plutôt que celle de l'absolutisme, qui conduit à la fameuse formule : « l'État, c'est moi. »

Quoi qu'il en soit, on peut se demander en quelle qualité le prince use de sa souveraineté, qu'il ne doit pas posséder pleinement, puisque « celui qui l'aurait, aurait l'État ». — La royauté, répond Loyseau, toujours dominé par sa double idée d'office et de seigneurie, est un « office seigneurial », — et il nomme ainsi « ceux qui sont offices et seigneuries tout ensemble ». Le roi « est officier et feudataire tout ensemble, et à l'égard de Dieu, et à l'égard du peuple. Premièrement il est officier de Dieu, en tant qu'il est son lieutenant, qui le représente en tout ce qui est de la puissance temporelle... Comme la puissance des officiers n'est qu'un rayon et éclat de la puissance du prince, ainsi celle du prince n'est qu'un rayon et éclat de la toute-puissance de Dieu (1). » Ceci ne s'accorde déjà plus très bien avec la souveraineté de l'État. Loyseau ajoute que les rois sont « vassaux et feudataires de Dieu », et que c'est pour cela qu'ils sont « sacrés et couronnés par les prélats ecclésiastiques (2) » : on ne voit pas très bien en quoi, à l'égard de Dieu, leur qualité de feudataires se distingue de celle d'officiers. Mais Loyseau continue : « Semblablement à l'égard du peuple, il est vrai que les rois sont et officiers et seigneurs... Du commencement, ils n'étaient que simples princes, c'est-à-dire simples officiers, n'ayant que l'exercice, et non pas la propriété de la souveraineté : le peuple, qui les élisait et préposait sur soi, demeurait en sa liberté naturelle toute entière, sans se soumettre ni rendre sujet au prince... Mais comme la mutation de l'office en seigneurie est facile,...

(1) *Des Offices*, liv. II, ch. 2, nos 19 et 21 ; dans les *Œuvres* de Loyseau, éd. citée. L'ouvrage parut en 1610.

(2) *Ibid.*, nos 22, 23.

l'office souverain est encore plus aisé à convertir en seigneurie souveraine, n'y ayant aucun qui l'en empêche. Aussi il y a déjà longtemps que tous les rois de la terre, qui par concession volontaire des peuples, qui *par usurpation ancienne (laquelle fait loi en matière de souverainetés, qui n'en peuvent recevoir d'ailleurs)*, ont prescrit la propriété de la puissance souveraine, et l'ont jointe avec l'exercice d'icelle (1). » — Faut-il en conclure qu'ils ont acquis ainsi la propriété de l'État ? — La symétrie que Loyseau veut établir entre les rapports du prince avec Dieu et ses rapports avec la nation est, du reste, tout illusoire : il admet que, à l'égard du peuple, le prince, d'abord simple officier, a « prescrit la propriété de la puissance souveraine » : penserait-il qu'il puisse la prescrire à l'égard de Dieu?

Telle est la théorie de Loyseau sur la nature et l'origine de la souveraineté : on y trouve en somme un singulier mélange d'Hotman (2) et de Bodin. Si maintenant, laissant de côté cette théorie contestable, nous nous en tenons à la définition que Loyseau donne de la souveraineté *d'après ses effets*, — « supériorité et autorité qu'on a sur les personnes ou sur les choses, consistant en la justice, et n'attribuant aucune seigneurie privée », — sa doctrine est dans l'ensemble conforme à la tradition, soit en ce qui concerne les lois fondamentales essentielles, dérivant de la fin même de la souveraineté, — nous revenons à notre point de départ, — soit en ce qui concerne les lois fondamentales positives.

Les premières déterminent, d'une part les pouvoirs du souverain en général, d'autre part certaines limitations de sa puissance. Les « actes ou cas de souveraineté » sont : « faire lois, créer officiers, arbitrer la paix et la guerre,

(1) *Ibidem*, nos 26, 27, 28.

(2) Loyseau cite Aristote (*Offices*, liv. II, ch. 2, no 30) et Hotman (*Seigneuries*, ch. II, nos 23, 24), comme sources de sa théorie des monarchies primitivement électives.

avoir le dernier ressort de la justice, et forger monnaie (1) ». Loyseau hésite (2) à y comprendre le droit « de lever des deniers sur le peuple » ; il écrit cependant ailleurs (3) que c'est « en vertu de la seigneurie publique qu'on lève des subsides pour la nécessité de l'État », de même que « quant aux personnes, c'est en vertu d'icelle qu'on les contraint quelquefois d'aller en guerre, qu'on les emprisonne, qu'on les punit corporellement, qu'on les fait mourir, quand le cas y échet ». — Les limitations de la souveraineté comprises dans les lois fondamentales *essentielles* sont (outre celles qui résultent directement de la loi divine et de la loi naturelle) : l'inaliénabilité de la souveraineté, du royaume, et des droits de la couronne, sans le consentement libre et solennel des États (4) ; — l'indivisibilité du royaume (5) ; — et l'exclusion des femmes, qui est « selon le vrai droit et propre nature des monarchies (6) ». Cette dernière assertion est contestable ; mais comme Bodin et bien d'autres théoriciens de l'ancien régime, Loyseau a une tendance, assez naturelle du reste, à mettre au rang des qualités générales de toute monarchie bien organisée celles qui se rencontrent dans la monarchie française.

Quant aux lois fondamentales positives, Loyseau, on l'a vu, pose en principe que « le prince doit user de sa souveraineté selon sa propre nature, et en la forme et aux conditions qu'elle est établie ». En France, quelles sont ces lois, et quelle est leur origine ? — Leur origine, c'est la coutume, ou l'usurpation couverte par la prescription. De même que les monarchies, selon Loyseau, se transforment d'offices en sei-

(1) *Seigneuries*, ch. III, nos 4 à 6.
(2) *Ibid.*, n° 7.
(3) *Op. cit.*, ch. I, n° 32.
(4) *Offices*, liv. II, ch. 2, nos 39 à 41.
(5) *Ibid.*, n° 37.
(6) *Ibid.*, n° 38.

gneuries « par usurpation ancienne, laquelle fait loi en matière de souverainetés, qui n'en peuvent recevoir d'ailleurs (1) », de même, dans les monarchies héréditaires, comme est la France, « cette continuation des royaumes du père ès enfants est passée en coutume et usage ordinaire, qui fait loi en telles matières », les rois ayant su « perpétuer leur état à leur postérité au moyen de leur puissance absolue (2) ». La couronne n'est cependant pas « purement héréditaire et patrimoniale », elle n'est déférée « ni par testament, ni même ab intestat, mais par la loi du royaume » ; la « loi royale et fondamentale » qui appelle les plus proches de la lignée à régner successivement, « induit une manière de substitution graduelle en la famille des princes du sang (3) » : on reconnaît la théorie qui, depuis Jean de Terre-Rouge, était unanimement admise. Au reste, « le royaume de France est la monarchie la mieux établie qui soit, et qui ait jamais été au monde, étant une monarchie royale, et non pas seigneuriale (4) ; une souveraineté parfaite, à laquelle les États n'ont aucune part (5) ». « Les officiers du Parlement ne sont que les conseillers et assesseurs du roi ; en notre France purement monarchique », la cour, quelle que soit son autorité, n'a aucun pouvoir propre (6) ; toutefois les édits et ordonnances

(1) *Offices*, liv. II, ch. 2, n° 28. — Loyseau revient encore ailleurs sur cette idée : « Puisque l'usurpation étant suivie par après d'une longue jouissance volontaire et paisible, qui efface son vice, donne loi aux souverainetés, qui ne peuvent avoir aucun supérieur en ce monde, dont elles la puissent recevoir, on ne doit révoquer en doute la souveraineté des rois qui sont en possession ancienne d'en user » (*Seigneuries*, ch. II, n° 87).

(2) *Offices*, liv. II, ch. 2, n° 31.

(3) *Ibidem*, nos 32, 33, 34. — Loyseau admet également (n° 35) la conséquence du principe, en ce qui concerne les dettes.

(4) Distinction empruntée à Bodin : v. ci-dessus, p. 115 ; cf. *Seigneuries*, ch. II, nos 53, 54, 58.

(5) *Seigneuries*, ch. II, n° 92.

(6) *Offices*, liv. I, ch. 9, n° 22. — Cf. liv. IV, ch. 3, n° 15, et *Des Ordres*, ch. 2, nos 18 et 26.

du prince doivent être enregistrés au Parlement ; de même les coutumes des provinces doivent être « approuvées et vérifiées par le roi en son Parlement ainsi que ses autres lois [1] ». Loyseau n'admet donc pas la vérification *libre*, en vertu de laquelle le Parlement pourrait rejeter ou modifier une loi faite par le prince ; en revanche l'indépendance de la cour même en tant que *conseil* est assurée : « c'est une loi de l'État, et comme fondamentale du royaume » que les officiers ne peuvent être destitués « à volonté [2] ». Enfin, sur la question des « levées de deniers », Loyseau, après s'être encore une fois posé les deux objections tirées du droit de propriété des sujets et de l'ancienne coutume de France [3], répond à la seconde que les rois « ont prescrit droit de lever deniers sur leur peuple », ce qui est peut-être insuffisant, et à la première en invoquant les droits essentiels de la souveraineté, ce qui vaut mieux [4] : il conclut qu'« il ne faut pas douter qu'en France, le roi, n'ayant d'ailleurs presque plus d'autre fonds de finance, ne puisse faire de levées de deniers sans le consentement des états, qui n'ont aucune part en la souveraineté [5] ».

(1) *Seigneuries*, ch. III, n° 11.

(2) *Offices*, liv. V, ch. 4, n° 70.

(3) « De fait, c'est chose bien certaine, qu'anciennement en France les tailles et autres subsides n'étaient pas ordinaires et perpétuels, comme ils sont à présent, mais ils ne se levaient que du consentement du peuple, et tant que la nécessité durait. »

(4) « Car puisque la puissance publique du souverain s'étend aussi bien sur les biens que sur les personnes, il s'ensuit que comme il peut commander aux personnes, aussi peut-il user des biens de ses sujets. Mais comme le commandement des personnes ne les rend pas esclaves, aussi cet usage des biens ne les réduit pas en la seigneurie privée du prince : pour ce que la seigneurie privée est la parfaite propriété, dont on peut user à discrétion, mais l'usage de la seigneurie publique doit être réglé par justice, et être dirigé à la propre utilité et nécessité du peuple : étant bien raisonnable que son prince, à qui Dieu l'a baillé en garde, le puisse tirer du péril, à même sa bourse, malgré qu'il en ait, comme le malade qu'on médicamente contre sa volonté. » (*Seigneuries*, ch. III, n° 47).

(5) *Ibidem*, n°s 42 à 46.

Telle est la théorie de Loyseau ; on a pu remarquer que l'usurpation ancienne et la prescription y jouent un rôle considérable. Cette idée que l'on a rencontrée déjà plusieurs fois, notamment chez Du Haillan, peut contenir une part de vrai, — nous verrons laquelle. Mais Loyseau l'exagère encore, et semble presque identifier la coutume avec l'usurpation prescrite.

De L'Hommeau, dont les *Maximes générales du droict françois* (1) parurent à peu près à la même date que les traités des *Seigneuries* et des *Offices* de Loyseau, est beaucoup plus fidèle à Bodin ; ou plutôt les commentaires dont il accompagne ses *Maximes*, — celles du moins qui ont trait au droit public, — ne sont qu'un résumé de la *République* de Bodin : la plupart du temps il lui emprunte son texte même. Sur un point seulement il s'écarte de son devancier ; il ne considère pas le consentement de l'impôt par les sujets comme étant de droit fondamental (2).

Ce sont encore les idées de Bodin, et peut-être encore plus celles de Grégoire de Toulouse, qu'on retrouve dans le traité *De la Souveraineté du Roy*, de Le Bret (3). Celui-ci pourtant est plus original que De L'Hommeau. S'il est de la lignée de ceux qu'on pourrait appeler les absolutistes modérés, il ne se contente pas de suivre aveuglément ses devanciers ; il connaît les anciens auteurs, les chroniques, les anciens jurisconsultes ; il cite Hincmar et Jean de Terre-Rouge.

Il ne considère comme loi proprement fondamentale que la loi de dévolution du pouvoir (4) avec ses corollaires (y compris l'inaliénabilité du domaine) (5) ; mais comme

(1) Rouen, 1612, in-8° ; le privilège est du 13 février 1610.

(2) « Celui qui a puissance de donner loi, a aussi puissance de mettre et lever tailles et impôts sur ses sujets », liv. I, max. 11, p. 44.

(3) Première edition : 1632. — Je renvoie aux *Œuvres* de Le Bret, Paris, 1635, in-f°.

(4) Liv. I, ch. 4, p. 11-12.

(5) L'inaliénabilité du domaine dérive de la loi de succession, en ce

Bodin et Grégoire, il fait une place aux bonnes coutumes (1) de la monarchie, notamment à l'usage des remontrances du Parlement (2), et aux assemblées des États généraux ; il rejette l'opinion de ceux qui prétendent « que dans les monarchies

que, le royaume étant *successif* et non proprement héréditaire *(ibid.*, p. 14), le roi n'en a que l'administration et l'usufruit ; « la république » est « l'épouse mystique » du prince (liv. I, ch. 6, p. 23) ; le domaine est sa dot. Cf. liv. III, ch. 1, p. 167.

(1) « Combien de ruines et de bouleversements peuvent-ils arriver dans les monarchies, par le changement des lois et de la police ancienne !... Et cela est toujours véritable, lorsque les rois, sans sujet, et par un vain désir de montrer leur puissance, changent les lois que leurs ancêtres ont heureusement observées. » (Liv. I, ch. 9, p. 33).

(2) « On peut encore demander quelle obéissance les cours souveraines doivent rendre aux édits que le roi leur envoie, pour les enregistrer et publier : je n'entends pas parler de ceux qui sont justes, d'autant que chacun doit aller au devant et les recevoir comme des oracles ; mais de ceux qu'on appelle bursaux... Si c'est pour subvenir à une nécessité pressante pour le bien public, j'ose dire que la résistance qu'on ferait à les vérifier serait une pure désobéissance... Mais hors le cas de nécessité, j'estime qu'il y va de la réputation des cours souveraines de faire au prince de sérieuses remontrances, et de tâcher par toutes sortes de moyens de le détourner de tels conseils... Et mon opinion est qu'elles doivent persévérer jusqu'à ce qu'elles aient obtenu quelque chose, ou qu'elles en aient du tout perdu l'espérance : car alors il se faut résoudre à l'obéissance. » (Liv. II, ch. 9, p. 110). En toute autre matière, le roi peut, à plus forte raison « faire et publier tous changements de lois et d'ordonnances, de sa seule autorité, sans l'avis de son conseil ni de ses cours souveraines », « pour ce que le roi est seul souverain dans son royaume, et que la souveraineté n'est non plus divisible que le point en géométrie. Toutefois il sera toujours bien séant à un grand roi, de faire approuver ses lois et ses édits par ses parlements et ses autres officiers de la couronne... Les lois qui sont reçues avec la commune approbation de tant d'excellents personnages, font une plus vive impression dans l'esprit des peuples, que celles qui sont publiées sans toutes ces formalités... Aussi voyons-nous par nos annales, que l'on observait cette coutume anciennement parmi nous : car les rois ne faisaient jamais d'édits de conséquence, qu'ils n'eussent auparavant appelé dans leur conseil les principaux du royaume, pour aviser et prendre garde s'ils seraient utiles à leurs peuples ». (Liv. I, ch. 9, p. 34-35.) En tous cas, « ce serait renverser tout l'ordre de la monarchie, s'il était permis aux officiers de résister aux ordres du prince, les rendre ses égaux, voire même ses supérieurs ». (Liv. IV, chap. 3, p. 248.)

le peuple doit être entièrement privé de la connaissance des affaires, et n'avoir aucune part en l'administration de l'État (1) ». Il faut reconnaître, du reste, que si on compare la théorie de Le Bret avec celles de Bodin et de Grégoire, ces usages y ont peut-être encore diminué d'importance. Mais Le Bret écrit sous Louis XIII, sous le ministère de Richelieu.

Ajoutons qu'il se fait une idée assez singulière des origines de la loi fondamentale de l'État. « Les anciens législateurs, dit-il, avaient cette louable coutume, quand ils établissaient quelques nouvelles républiques, de proposer en même temps au peuple de certaines lois fondamentales, qu'ils jugeaient être nécessaires pour en affermir la durée, et de leur faire entendre que leur État ne périrait jamais, tandis qu'ils seraient soigneux de les observer exactement : et pour les exciter à les recevoir avec plus de respect et de soumission, ils les faisaient publier en pleine assemblée de toute la ville, en présence du sénat, des prêtres et des augures, qui les consacraient avec beaucoup de religieuses cérémonies...

(1) Liv. IV, ch. 12, p. 302. — « Dans un État royal comme est celui de France, tant s'en faut que l'assemblée des États affaiblisse ou diminue la puissance des rois, qu'au contraire elle l'autorise et la fortifie. » On y avise à « corriger les abus, rétablir la justice et faire reprendre à toutes choses leur ancien lustre ». D'ailleurs les États ne se tiennent et ne se convoquent jamais que par le commandement du roi, et « on n'y propose rien d'importance que par forme de requêtes et d'humbles supplications, sans s'attribuer le pouvoir de rien résoudre... Car les rois ne sont point astreints de suivre leurs avis, si la raison naturelle, si la justice civile, si le bien et l'utilité de leur royaume ne les y convient ». Il s'y fait « une étroite liaison entre le chef et ses membres, entre le roi et ses sujets » ; on y publie les ordonnances les plus importantes ; on y remédie « aux maladies les plus dangereuses de l'État » : « durant les plus grandes nécessités du royaume, l'on a toujours eu recours à l'assemblée des États, comme au souverain remède, pour prévenir les malheurs qui menaçaient de ruiner cette florissante monarchie ». Le Bret ajoute : « On peut dire la même chose des États provinciaux, comme du Languedoc, de Bretagne, de Normandie, de Provence, et autres pays qui jouissent de la même prérogative. » (*Ibid.*, p. 302-305).

Il semble que nos ancêtres ayent voulu suivre leur exemple, lorsque dès la naissance de cette monarchie ils publièrent la loi salique, sur laquelle, comme sur un solide et assuré fondement, ils affermirent l'éternité de leur empire (1). »

Il faut relever cette réminiscence antique des législateurs primitifs, et cette manière de considérer les origines françaises à travers l'histoire — ou la légende — des républiques *classiques*. Bien peu d'esprits, du reste, depuis la Renaissance jusqu'à la Révolution, ont échappé à cette obsession de l'antiquité. Et il est curieux de voir, chez Le Bret (et chez d'autres), cette conception un peu écolière se combiner avec la théorie du droit divin, entendu en ce sens que c'est Dieu qui, à une certaine époque, aurait de sa main donné des rois aux peuples libres jusqu'alors (2). C'est le droit divin gallican, celui-là même qui avait soulevé de si graves discussions aux États généraux de 1614, quand le tiers état voulut le faire reconnaître comme *loi fondamentale*.

Le fameux *article du serment*, inscrit en tête du cahier du tiers, demandait en effet qu'on « arrêtât pour loi fondamentale du royaume » que le roi, « ne tenant sa couronne que de Dieu seul », ne peut être déposé, ou, ce qui revient au même, que les sujets ne peuvent être déliés du serment de fidélité, par le Pape, pour quelque raison que ce soit, même si le prince tombe dans l'hérésie ou l'apostasie et veut y entraîner son peuple : telle était du moins sa portée positive, que la formule très générale adoptée par les rédacteurs dissimule à peine (3). Le clergé et la noblesse combattirent énergiquement

(1) Liv. I, ch. 4, p. 11-12.

(2) Liv. I, ch. 9, p. 31 : « Quand les peuples jouissaient de la puissance souveraine, c'était eux seulement qui avaient dans leur république l'autorité de faire des lois. Mais depuis que Dieu a établi les rois sur eux, ils ont été privés de ce droit de souveraineté, et l'on n'a plus observé pour lois, que les commandements et les édits des princes ».

(3) « Le roi sera supplié de faire arrêter en l'assemblée de ses états, pour loi fondamentale du royaume, qui soit inviolable et notoire à tous,

cette proposition, et le conflit fut évoqué devant le conseil du roi, qui laissa l'affaire sans solution. Il nous suffit ici de relever cette tentative d'établissement d'une loi fondamentale nouvelle, et la manière dont le cardinal Du Perron, orateur du clergé, y répondit (1).

L'article du serment, dit-il, voudrait faire passer en loi fondamentale une opinion nouvelle, opposée à la tradition constante de l'Église gallicane elle-même : « tous ceux qui ont écrit pour défendre la puissance temporelle des rois contre les Papes (2) en ont toujours excepté le cas de l'hérésie et celui de l'apostasie de la religion chrétienne ». Mais s'il en est ainsi, « comment fera-t-on passer pour *loi fondamentale* de l'État, une proposition qui est née en France *plus d'onze cents ans après que l'État a été fondé?* (3) » Et d'ailleurs, objecte-t-il encore au tiers état, « il n'y a que vingt-cinq ans que ceux de votre ordre, emportés par le tumulte du temps, voulurent

que comme il est reconnu souverain en son état, ne tenant sa couronne que de Dieu seul, il n'y a puissance en terre, quelle qu'elle soit, spirituelle ou temporelle, qui ait aucun droit sur son royaume, pour en priver les personnes sacrées de nos rois, ni dispenser ou absoudre leurs sujets de la fidélité et obéissance qu'ils lui doivent, pour quelque cause ou prétexte que ce soit. » Un autre paragraphe condamnait la doctrine du tyrannicide, comme contraire aux lois du royaume. (*Procès-verbal du tiers*, cité dans Picot, *op. cit.*, t. IV, p. 372). Sur le dernier point, tout le monde était d'accord : le clergé proposait même « la publication du décret XV du concile de Constance » (Picot, *ibid.*, p. 374). Cf. ci-dessus, p. 140 n. 3.

(1) *Harangue faite de la part de la chambre ecclésiastique en celle du tiers état, sur l'article du serment*, dans les *Diverses Œuvres* du cardinal Du Perron, Paris, 1622, in-f°, p. 595 et s. — Je laisse de côté, bien entendu, tout ce qui touche au fond même de la question des rapports du spirituel et du temporel, pour ne retenir que ce qui concerne la théorie des lois fondamentales.

(2) Du Perron, tout le premier, admet que les rois de France « sont souverains de toute sorte de souveraineté temporelle en leur royaume, et ne sont feudataires du Pape,... mais qu'en la nue administration des choses temporelles, ils dépendent immédiatement de Dieu, et ne reconnaissent aucune puissance par dessus eux que la sienne », p. 599.

(3) P. 621.

établir en pleins états une loi fondamentale d'État toute contraire à celle de votre article. Et maintenant vous en proposez une autre en titre de loi fondamentale d'État et de religion toute contraire à la leur (1). » On ne pouvait mieux faire ressortir l'abus qui se faisait du nom de loi fondamentale. La contradiction évidente, si finement signalée par le cardinal, entre l'acte de 1588 et celui de 1614, montre assez clairement quel danger pouvait faire courir à la stabilité de l'État, la théorie qui mettait au pouvoir d'une assemblée, de changer chaque fois qu'il lui plairait la *constitution*. Il est assez curieux de remarquer que c'est l'orateur du clergé qui combat ici la théorie scolastique. Il est vrai aussi que le tiers aurait pu répondre qu'il ne prétendait pas faire une loi du royaume nouvelle, et qu'il demandait seulement au roi et aux états de *déclarer* solennellement un principe qu'il considérait comme aussi ancien que la monarchie (2). Mais la discussion ne fit guère que passer sur ce terrain, et tout le débat porta sur le fond même, sur les rapports du spirituel et du temporel. Bien que la question de *fondamentalité* politique ne soit intervenue qu'accessoirement, cet épisode de l'histoire des lois fondamentales méritait de ne pas être omis.

---

(1) P. 633. — Du Perron a soin de faire remarquer qu'il a toujours été fidèle à Henri III jusqu'à sa mort et à Henri IV dès son avènement; p. 636.

(2) C'est ce que soutient Savaron dans son *Traité de la souveraineté du roi, et de son royaume*, Paris, 1615, in-8°, p. 6. Savaron ne reconnaît comme lois fondamentales que la loi salique, l'inaliénabilité de la couronne (et du domaine par conséquent) et son indépendance absolue à l'égard du Saint-Siège. — Le prince est un autocrate, « un Dieu corporel »; « ses fidèles sujets ne peuvent reconnaître autre seigneurie que celle de leur souverain seigneur, et sont dispensés de toute autre obéissance ». (*Traité de la souveraineté du roi, et que Sa Majesté ne la peut soumettre à qui que ce soit*..., Paris, 1620, in-8°, p. 3 et 6).

II

Les parlementaires : La Roche-Flavin ; — la Fronde ; — Claude Joly.

Le mouvement de réaction et les troubles dont la minorité de Louis XIV fut l'occasion donnèrent naissance à une abondante littérature, où les lois fondamentales furent naturellement invoquées. Pourtant la Fronde fut pauvre d'idées politiques. Des milliers de brochures qui parurent alors et qu'on a appelées *mazarinades*, le plus grand nombre sont des écrits de circonstance sur l'événement du jour, ou de violentes diatribes contre la tyrannie des premiers ministres ; quelques-unes sont inspirées par la détresse et la misère lamentables qui désolent le peuple. Il y en a peu qui s'élèvent jusqu'à de vraies conceptions politiques, et l'idée qui les inspire généralement, est que le Parlement, les cours souveraines, sont en vertu des lois fondamentales une « puissance seconde », qui doit tempérer l'absolutisme royal en le paralysant au besoin tout à fait.

Cette théorie n'était pas nouvelle. Depuis le commencement du XVIe siècle, les parlementaires justifiaient en doctrine les prétentions de la cour (1). Dans les premières années du règne de Louis XIII, en 1617, La Roche-Flavin reprenait et développait leur thèse commune (2). « Telle est, dit-il, la loi du royaume, que nuls édits, nulles ordonnances n'ont effet, on n'obéit à iceux ou plutôt on ne les tient pour édits et

(1) Cf. dessus p. 85, 86 avec la n. 1 et p. 148 n. 4. Ajouter les *Mémoires... sur l'origine et institution des cours souveraines*, par Pierre de Miraulmont, qui ne fait guère que suivre Étienne Pasquier, notamment f° 22 (Paris, 1584, in-8°).

(2) *Treize livres des Parlements*, Bordeaux, 1617, in-f°.

ordonnances s'ils ne sont vérifiés aux cours souveraines et par la libre délibération d'icelles... En France, telle a toujours été la commune observance fondée sur les anciennes lois du royaume... — Par l'une des lois fondamentales de ce royaume, les prédécesseurs rois ont donné le pouvoir à leurs parlements de les vérifier (les lois), homologuer, refuser, limiter ou restreindre (1). » On voit jusqu'où vont les parlementaires : la vérification *libre* comporte le pouvoir de *refuser, limiter* ou *restreindre*. La Roche-Flavin rattache ce droit prétendu à une théorie de la monarchie dont voici les principaux traits. La France « n'est un royaume absolu où la volonté du roi est loi, sa parole, arrêt... Le royaume et monarchie de France est réglée et policée, et est composée et mixtionnée des trois sortes de gouvernements ensemble (2) ». D'ailleurs, elle « a deux principales bonnes et sûres brides, pour icelle tempérer et empêcher qu'elle n'aille à l'abandon par la volonté effrénée d'un seul ; à savoir la religion,... l'autre, la justice par laquelle sont leurs lois (des princes)... modérées et tempérées ; et lesquelles la débonnaireté et prudence de nos princes n'a accoutumé d'estimer tant brides que colonnes fermes, sur lesquelles leur puissance est sûrement appuyée, pour en être plus ferme et plus durable (3). » Cette théorie générale, renouvelée de Seyssel ou de Du Haillan, n'impliquait pourtant pas que le Parlement dût avoir une puissance telle, qu'il lui fût permis d'annihiler le pouvoir du roi en refusant d'enregistrer ses édits et ordonnances. Aussi La Roche-Flavin reprend-il l'argument favori de tous les avocats des prétentions parlementaires : la cour est « une forme de Sénat » romain (4), et elle a toujours rempli ce rôle fondamental, depuis Charlemagne jusqu'aux temps

(1) *Op. cit.*, liv. XIII, ch. 17, nos 3 et 23.
(2) *Ibid.*, nos 9 et 11.
(3) *Ibid.*, no 13.
(4) *Ibid.*, no 12 ; cf. nos 3, 4, 5 ; et liv. VIII, ch. 79 ; etc.

modernes (1). Les différents parlements de France participent aux prérogatives de celui de Paris ; ils ont les mêmes pouvoirs, chacun dans son ressort (2).

Réduit au silence sous le gouvernement tyrannique de Richelieu, le Parlement prit sa revanche sous la minorité de Louis XIV. De nouveau il s'occupe activement des affaires publiques. Mais il y apporte comme toujours, avec une vraie intégrité et une juste répugnance pour le despotisme, un esprit assez étroit et dépourvu de souplesse. Incapable de s'élever à la compréhension exacte des vrais besoins de l'État, il prend trop souvent son esprit de corps pour l'amour du bien public ; son opposition tracassière se manifeste presque uniquement à propos des édits bursaux, parce qu'en refusant aveuglément d'enregistrer tout nouvel impôt, il est sûr de maintenir et d'accroître encore sa popularité ; et il le fait avec d'autant plus d'âpreté que ces mesures fiscales frappent surtout la bourgeoisie et les titulaires d'offices (3). Il se pose en « médiateur » entre le souverain et le peuple. Il y avait peut-être une part de vrai dans cette prétention ; mais il n'a pas toujours su apporter dans ce rôle un juste sentiment de la mesure.

Quoi qu'il en soit, les prérogatives du Parlement tiennent la première place dans les théories de la Fronde (4). *Les Délibérations arrêtées en l'assemblée des cours souveraines, en la*

(1) Liv. XIII, ch. 17, n. 1 : « Car tout ainsi que sous Charlemagne... » etc. V. Pasquier, ci-dessus, p. 85-86.

(2) Liv. XIII, ch. 8, n° 1.

(3) Cf. Glasson, *Le Parlement de Paris, son rôle politique* (Paris, 1901, 2 vol. in-8°), t. Ier, p. 182, 184, 247 et s., 391-394. Par exemple, Mazarin se plaint de ce que la résistance du Parlement met le gouvernement dans une position critique vis-à-vis de ses ennemis ; à Munster, notre plénipotentiaire n'obtient plus rien : le Parlement ne veut rien entendre. (*Ibid.*, p. 187-188).

(4) Sur l'origine et l'histoire de ces troubles, voir Glasson, *op. cit.*, t. I, ch. IV, notamment p. 211 et s.

chambre Saint-Louis (30 juin 1648), posent en principe la nécessité de la vérification des édits *avec liberté des suffrages*, surtout en matières de finances (1), et déclarent « que l'établissement ancien desdites compagnies souveraines ne pourra être changé ni altéré, soit par augmentation d'officiers et des chambres, ... ou par démembrement », car telles propositions « tendantes à la ruine desdites compagnies », sont « pernicieuses » et conduisent « à la subversion du royaume (2) ». Le Parlement soutient, non seulement qu'il a le droit de tenir des assemblées générales pour délibérer sur les affaires publiques, mais encore qu'il a celui d'y mander les autres compagnies pour délibérer avec lui (3). Pratiquement, il va encore plus loin : il se substitue au roi dans l'exercice du pouvoir ; c'est ainsi qu'après le fameux arrêt du 8 janvier 1649, il est le maître de Paris (4). Il est persuadé qu'en sa qualité de premier corps politique de l'État, de « Sénat » du royaume, il lui appartient, dans les temps de crises, de prendre en main la direction des affaires.

En théorie cependant, il n'ose pas revendiquer un pareil droit : il ne le voudrait même pas : le Parlement, et les théoriciens qu'il inspire, ne sont pas des révolutionnaires. On a souvent fait remarquer cette différence entre le soulèvement huguenot du XVIe siècle ou la Ligue, qui ont une politique *a priori*, et la Fronde, qui n'invoque que les lois fondamentales, — sans peut-être les entendre bien. « Dans le commencement de la monarchie française (et c'est une des lois fondamentales du royaume), dit une brochure parue en 1649 (5), les rois n'ont pu prendre aucune résolution impor-

(1) Art. 3 (Isambert, t. XVII, p. 74).

(2) Art. 19 ; *ibid.*, p. 81.

(3) Glasson, *loc. cit.*, p. 244.

(4) *Ibid.*, p. 286-292.

(5) *La Justification du Parlement et de la ville de Paris dans la prise des armes, contre l'oppression et tyrannie du cardinal Mazarin.* — Dans

tante à l'État sans assembler les plus notables personnages du royaume, laquelle assemblée a eu dès ce temps le nom du Parlement. ... Le Parlement, suivant les lois justes et légitimes de son établissement, a toujours été en possession de prendre connaissance de tous les édits, déclarations, ordonnances et volontés de nos rois, tant pour le regard de la justice que des armes et finances, pour les accepter, refuser, ou recevoir avec telles conditions et modérations qu'il a jugées raisonnables, principalement dans les temps de la minorité de nos rois, pendant laquelle les désordres sont d'ordinaire toujours plus grands... Le Parlement a été pareillement en possession de représenter aux rois les justes plaintes de tous les états et corps du royaume par des humbles remontrances, auxquelles ils ont toujours fait raison. » Il est le gardien des lois fondamentales (1). — Le Parlement, dit une autre brochure (2), « a été établi par les trois états du royaume pour trouver ce tempérament à notre monarchie, qui sans cela n'eut pas su conserver jusques à présent son éclat et sa splendeur ». — Le cardinal de Retz écrit de son côté que la puissance royale « a été tempérée par des coutumes reçues et comme mises en dépôt, au commencement dans les mains des États généraux, et depuis dans celles des Parlements (3) ». — « Nous ôter, dit le premier président de Nicolaï, la liberté de parler et de dire nos sentiments, c'est renverser le fondement de cet État ; c'est rompre le lien qui unit la souveraine puissance avec les sujets... Les rois ayant créé des compagnies pour être les médiateurs

Recueil de diverses pièces qui ont paru durant les mouvemens derniers de l'année 1649, s. l., 1650, in-4°, p. 382, 383, 391.

(1) Sa résistance énergique, dans les circonstances présentes, est « d'autant plus juste qu'elle est entreprise pour empêcher le renversement des lois fondamentales de tout le royaume ».

(2) *Les raisons ou les motifs véritables de la deffense du Parlement*, dans le *Recueil* cité, p. 367.

(3) *Mémoires du cardinal de Retz*, éd. Feillet, t. Ier, p. 271-272.

entre eux et leurs sujets, et les examinateurs de leurs édits, ne doivent point rompre cet ordre (1). » — « Les magistrats, dit encore le premier président Molé, sont les médiateurs entre les édits des princes et les supplications des peuples, et comme une barrière entre cette indépendante autorité et cette extrême faiblesse (2). » — « Autrefois, dit enfin l'avocat général Talon, les volontés de nos rois n'étaient point exécutées par les peuples, qu'elles ne fussent souscrites en l'original de tous les grands du royaume, des princes et officiers de la couronne ; aujourd'hui cette juridiction politique est dévolue au Parlement ; nous jouissons de cette puissance seconde que la prescription du temps autorise, que les peuples honorent avec respect (3). »

On pourrait multiplier indéfiniment les citations. Ajoutons pour finir que la différence qu'on a relevée entre la Fronde et les grands mouvements du XVIe siècle n'est pas aussi profonde qu'on pourrait le croire. Si les théories *a priori*, si les idées générales ne se font guère jour dans la volumineuse littérature de la Fronde, c'est qu'elle emprunte très souvent aux publicistes huguenots ou ligueurs, l'appli-

(1) *Harangue faite à son Altesse royale en la Chambre des comptes, en l'année 1648.* (*Recueil choisi des harangues... et autres actions publiques les plus curieuses de ce temps*, Paris, 1657, in-4°, p. 87-88.)

(2) *Harangue faite à la Reine régente, en l'an 1648* (même *Recueil*, p. 92).

(3) Cité dans Glasson, *loc. cit.*, p. 242-243, qui renvoie à ses *Mémoires*, t. V, p. 133. — Talon est d'ailleurs un modéré. « J'estime, dit-il, que l'autorité du Parlement doit être perpétuellement interposée pour empêcher l'excès de la puissance absolue... Mais il serait de dangereuse conséquence que l'autorité du Parlement surmontât et le rendît supérieur aux volontés du roi, parce que, pour maintenir l'autorité du Parlement, il faudrait mettre les armes à la main des peuples, élever une puissance dans l'État, laquelle ceux qui l'auraient émue, ne pourraient pas la conduire... Puisque l'État dans lequel nous vivons est monarchique, il y faut demeurer, mais il est à souhaiter qu'il soit tempéré des avis et de l'interposition des compagnies souveraines ». (*Mémoires*, t. V, p. 77-80 ; dans Glasson, *loc. cit.*, p. 223.)

cation toute faite de ces principes au droit public de France. Les théories de la Fronde procèdent plus ou moins directement de cette origine (1) ; presque toujours, elles rattachent les pouvoirs des cours souveraines aux droits prétendus des primitives assemblées nationales : et cette thèse de l'ancienne souveraineté de la nation, est-elle autre chose que la déformation de l'histoire et de la réalité sur lesquelles reposent la coutume et le droit établi, par l'application forcée d'une doctrine *a priori* ? Les frondeurs se contentent parfois de réimprimer tout simplement des pamphlets de l'autre siècle, comme le *Politique*. Dans leurs productions originales, les emprunts à la *Franco-Gallia*, aux *Vindiciæ contra tyrannos*, etc., les souvenirs ou les réminiscences d'Hotman se révèlent à chaque instant ; on ne le nomme pas, mais l'inspiration n'est pas douteuse.

Les emprunts de ce genre sont bien reconnaissables chez Claude Joly, dont le *Recueil de maximes* est certainement l'exposé le plus complet et le plus étudié des doctrines qui avaient cours parmi les *libéraux* aux environs de 1650 (2). Il a voulu faire, dit-il lui-même, « un recueil des lois fondamentales par lesquelles nos anciens rois ont gouverné cet État, un assemblage des maximes que l'autorité des États et des Parlements, le consentement des peuples, les édits des rois dûment vérifiés, ont confirmées et pratiquées par un long usage (3) ». Les sources auxquelles il puise pour former sa

(1) Cf. Lacour-Gayet, *L'éducation politique de Louis XIV*, Paris, 1898, in-8°, p. 314-317.

(2) *Recueil de maximes véritables et importantes pour l'institution du Roy, contre la fausse et pernicieuse politique du cardinal Mazarin, prétendu surintendant de l'éducation de Sa Majesté*, Paris, 1652, petit in-8°, sans nom d'auteur. — Réimprimé, toujours sans nom d'auteur, à Paris, 1663, in-12, avec « deux lettres apologétiques » dont l'auteur est Cl. Joly lui-même. Je renvoie à l'édition de 1663. — Sur Cl. Joly et ses ouvrages, voir : Lacour-Gayet, *op. cit.*, p. 78-85, 318-321, et J. Brissaud, *Un libéral au XVIIe siècle ; Claude Joly*, Paris, 1898, in-8°.

(3) *Lettre apologétique*, p. 7.

« compilation », comme il l'appelle lui-même, sont les écrits des meilleurs politiques : Gerson, Clémengis, Commines, Seyssel, Erasme, Du Moulin, L'Hospital, Du Haillan, Coquille, etc. Ceux-là, il les nomme : ce sont des *autorités*. Mais il en est d'autres qu'il met aussi à contribution et qu'il ne nomme pas : ce sont les pamphlétaires, Junius Brutus ou Hotman. Pourtant ses idées sur les pouvoirs des primitives assemblées franques, sur la nature de la charge des officiers, qui « ne sont pas moins officiers du peuple que du prince », sur la clause « *Car tel est notre plaisir,* » etc. (1), s'en inspirent visiblement.

Quelles sont, d'après Claude Joly, les *maximes* qu'il faut considérer comme fondamentales ? Quelle idée se fait-il de la nature des lois fondamentales ? Nous allons essayer de résumer sa doctrine, en prenant pour base à la fois son *Recueil de maximes* et son *Traité des restitutions des grands* (2).

Et d'abord, c'est des peuples que les rois tiennent leur pouvoir (3), en vertu d'un contrat, et les lois fondamentales sont les clauses de ce contrat : car « il paraît que pas un peuple n'a jamais eu l'intention de se soumettre purement et simplement et sans aucune réserve à la discrétion d'un roi ; mais seulement sous condition et à la charge que le roi gouvernerait suivant la disposition de la loi ; qui est un contrat synallagmatique, lequel se forme de deux pièces également essentielles, savoir est de la proposition qui en est faite de la part du roi ou du peuple d'une part, et de l'acceptation libre de l'autre. Dont il s'ensuit que le roi n'est point maître absolu de cette loi, pour la détruire et la ruiner, quand bon lui semble, puisque par le contrat le peuple n'est point

(1) *Recueil de maximes*, p. 288 et s., 399, 401, 402. — Sur les reines régentes, v. p. 193.

(2) S. l., 1665, petit in-12.

(3) Joly cite le témoignage de Justinien et la *lex regia*. (*Recueil de maximes*, p. 131-134.)

soumis à lui, qu'à condition de la conserver et de l'entretenir (1). » Ainsi Claude Joly suppose que la loi, les règles du droit public, ont été déterminées par le peuple antérieurement au contrat ; mais c'est ce contrat seul qui leur donne leur valeur, leur qualité de *fondamentales*. Une fois le pacte conclu, le prince ni ses successeurs n'y peuvent déroger. Pour les successeurs, en France notamment, cette obligation résulte de la nature de leur vocation à la couronne : le royaume « n'est pas héréditaire, mais successif », — Joly cite l'autorité de Du Moulin. « Ainsi quoiqu'en nos rois il n'y ait plus d'élection effective, il y a du moins une succession qui les oblige aux lois immuables de l'État et à la police qui y a été établie par leurs ancêtres du consentement des peuples (2). » Il faut remarquer que ce dernier texte, extrait d'un autre ouvrage que le précédent, implique une idée des lois fondamentales assez différente de la première : Joly ne parle plus de clauses *librement imposées* par le peuple, mais simplement d'une « police » *acceptée* par lui. Ici, l'auteur écoute plutôt la tradition, et là, les scolastiques.

Il va sans dire qu'il admet l'origine première de la souveraineté en Dieu. Joly essaye même de faire un compromis entre la théorie de l'acquisition à deux degrés, chère aux scolastiques purs, et celle de l'acquisition immédiate, préconisée par les docteurs gallicans (3). « Encore, dit-il, que les rois tiennent originairement leur puissance des peuples, ce

(1) *Op. cit.*, p. 157-158.
(2) *Traité des rest. des grands*, p. 42.
(3) V. par ex. P. de Marca, *De concordia sacerdotii et imperii*, (1re édit., 1641), l. II, c. 2, § 1 : « Sane dubitandum non est, quin regum persona, vel suffragiis populorum specialiter eligatur, vel generaliter translato regnandi jure hereditario in aliquam generosam stirpem, natalium sorte in regium culmen assurgat. Sed præterquam quod et motum animis eligentium Deus inspirat, quo in illa suffragiorum sortitione unum alteri præferant ; certum et constantissimum esse debet... unicuique regum potestatem regiam *immediate* a Divino Numine conferri. »

n'est pas à dire pour cela qu'ils ne la tiennent aussi *immédiatement de Dieu*, car l'un ne contrevient point, et n'empêche pas l'autre. Aussitôt que le contrat par lequel le peuple se démet de son pouvoir entre les mains du prince... est passé, Dieu le ratifie et l'approuve et lui donne la force nécessaire pour être exécuté, et par conséquent le prince tire toute son autorité de cette approbation et vertu divine qui est comme le sceau de cet acte synallagmatique (1). »

Outre les lois fondamentales essentielles, — que le fondement de toute souveraineté est la justice, que le prince existe pour le peuple et non le peuple pour le prince, qu'il est « sujet aux lois (2) », — qu'il doit « user de conseil », sans cependant que les conseillers et ministres prennent trop d'autorité (3), — outre la loi salique et celle de l'inaliénabilité du domaine, Claude Joly admet comme lois fondamentales la libre vérification des édits par les cours souveraines (4), et le libre consentement de l'impôt par la nation, c'est-à-dire par ses représentants assemblés ou par les cours souveraines. Il est particulièrement intransigeant sur ce dernier point : « C'est, dit-il, un crime aux rois de mettre des impôts sur leurs peuples sans leur aveu et consentement (5). » Cette nécessité du consentement résulte, suivant Joly (6), à la fois du droit naturel qui interdit toute atteinte au droit de propriété du sujet (7), et des lois fondamentales positives elles-

(1) *Recueil de maximes*, p. 134-135.

(2) *Recueil de maximes*, ch. V, p. 130 et s.

(3) *Op. cit.*, p. 170 et s.

(4) C'est, dit-il, « une vérité constante, que nulles lettres patentes et déclarations du roi ne doivent point passer, selon les lois du royaume, pour vérifiées, et ne sont point obligatoires, qu'elles n'aient été délibérées avec liberté des suffrages... » etc. (*Op. cit.*, p. 392-393 ; cf. p. 159-160.)

(5) *Op. cit.*, p. 445.

(6) *Op. cit.*, ch. XI, p. 423-449 ; cf. le *Traité des restit. des grands*.

(7) Claude Joly suit l'opinion des anciens théologiens et canonistes ; il cite l'autorité d'Hostiensis, Astesan, Angelus de Clavasio (*Traité des rest. des grands*, p. 120).

mêmes : le prince ne peut imposer de nouvelles tailles que « selon les lois et les formes anciennes de son État, qui sont toujours immuables et qui ne peuvent être altérées sous prétexte d'aucune nécessité ». Or, en France, « cette police pour le fait des impôts et subsides était telle que, comme les anciens rois vivaient de leurs domaines, il ne leur était pas permis de lever aucuns deniers sur leurs sujets sans leur consentement (1) ». Ce consentement doit en principe être donné, et était donné autrefois par les États généraux ; mais depuis que « des États généraux de France le Parlement a pris son origine », il a le pouvoir « de vérifier tous les édits, bursaux et autres ; c'est-à-dire de les voir, examiner, recevoir, modérer ou refuser, comme il le juge raisonnable... Il faut que la vérification soit faite librement, sans présence du roi, ... et même sans jussion... Tout impôt qui est levé sans ces formalités essentielles n'est point dû à celui qui l'exige (2) ».

D'une manière générale le concours des États généraux ou du Parlement doit intervenir dans toutes les affaires importantes, notamment celles de guerre et de paix. Autrefois, les états ne faisaient pas seulement des doléances et des demandes, ils usaient « d'un pouvoir plus grand, et même de statuer et ordonner ». « De leur grand amour et respect pour leurs rois, il est arrivé que les résolutions prises dans les assemblées des états des derniers temps ne sont conçues qu'en forme de demandes » ; mais il n'en reste pas moins vrai que « quand un roi de France convoque ses états avec sincérité, et n'a point d'autre visée que celle du bien de son État, ... et que pour cet effet il laisse entière liberté aux députés d'opiner en gens de bien, il est impossible que les États ne produisent beaucoup de bons effets (3) » ; ils remettent

(1) *Traité des rest. des grands*, p. 39 et 43.

(2) *Op. cit.*, p. 46-49.

(3) *Recueil de maximes*, p. 283-288. Cl. Joly s'étend longuement sur cette question (ch. VIII).

en vigueur « les anciennes coutumes, lois et ordonnances : qui est un pouvoir que les états ont et auront toujours, pour ce que leur puissance est de droit public, et par conséquent imprescriptible[1] ». Joly souhaite qu'à l'avenir ils perpétuent leur pouvoir dans « des commissaires et députés, qui auront l'œil à la manutention de ce qui aura été résolu d'un commun consentement, comme il s'est pratiqué autrefois assez souvent en France », et il réclame la périodicité des assemblées[2]. En attendant, il y a le Parlement, qui est toujours là pour modérer le pouvoir royal. Claude Joly s'élève vigoureusement contre ceux qui « ont voulu avancer qu'il n'appartient pas aux Parlements de se mêler des affaires d'État » ; il est de ceux au contraire qui estiment « qu'ils sont capables de connaître de tout[3] » : ils tiennent leur origine des États généraux eux-mêmes[4].

Telles sont les théories de Claude Joly; elles ne contiennent point, dit avec raison M. Brissaud, « un système politique aux lignes bien arrêtées, avec une organisation poussée jusqu'au détail. C'est une protestation vigoureuse contre l'absolutisme envahissant, triomphant avec Richelieu et qui devait s'accentuer encore sous Louis XIV[5]. »

---

(1) *Ibid.*, p. 362-363.

(2) *Ibid.*

(3) *Op. cit.*, p. 384 ; cf. tout le chap. IX.

(4) *Traité des rest. des grands*, p. 46. Cf. *Recueil de maximes*, p. 440-441. Cl. Joly pense cependant que les édits rendus sur les cahiers des États doivent encore être « autorisés par les cours souveraines, afin d'avoir force et vigueur de loi, suivant l'usage qui s'observe à présent. » (*Recueil de maximes*, p. 288).

(5) J. Brissaud, *Un libéral au XVIIe siècle ; Claude Joly*, p. 65.

III

Absolutistes : la doctrine de Hobbes et ses adhérents en France ; — l'absolutisme religieux : Bossuet ; Domat.

Les désordres de la Fronde eurent pour résultat d'inspirer aux Français le désir unanime de vivre en paix sous un pouvoir fort qui rende au pays sa prospérité. On l'a justement remarqué, toute la nation, au début du règne personnel de Louis XIV, était d'accord avec son roi pour voir dans la monarchie absolue le seul régime capable de faire le bonheur de la France. Dès 1649, en pleine guerre civile, une brochure intitulée *Lis et fais* s'adresse ainsi au « pauvre peuple de Paris » : « Que je plains ta simplicité et ton aveuglement !... Quelle rage te possède de prendre les armes contre ton roi ?... On veut lui voler le plus beau fleuron de sa couronne. On attaque directement son autorité... Le Parlement veut de l'État du monde le plus monarchique en composer un gouvernement monstrueux de deux cents têtes... » Une autre, en 1651, à propos de la majorité du roi, souhaite de voir enfin « l'autorité et l'obéissance, qui sont les pôles des monarchies, contribuer à remettre la fortune publique », et ajoute : « Votre Majesté fera si heureusement résonner ces mots de souveraineté « Car tel est notre plaisir », que personne n'osera s'écarter de ses devoirs. Un roi absolu, c'est une déité véritable qui attire les cœurs et les respects des moins dépendants. » L'*Esprit de paix*, qui déclare n'être « ni prince ni mazarin », mais « bon Français », demande « que le roi soit maître sans condition ». « Va-t-en, dit-il au peuple de Paris, dire que tu es las de tant de misères, que tu demandes ton roi et la paix, et qu'il vienne sans condition recevoir dans sa bonne ville de Paris l'obéissance et l'amour de ses

peuples [1]. » Un prince absolu et qui gouverne personnellement, sans premier ministre, tel est l'idéal de tous. Louis XIV le réalisa, et jusqu'à la fin du siècle, tous les théoriciens, moralistes ou publicistes, — à bien peu d'exceptions près, — font l'apologie de l'absolutisme autocratique.

Que deviennent les lois fondamentales dans une telle doctrine ? — Il faut distinguer deux écoles : celle de l'absolutisme philosophique professé par les disciples de Hobbes ; — celle de l'absolutisme religieux, dont Bossuet est le représentant le plus illustre.

La doctrine de Hobbes fut propagée en France par plusieurs traductions [2] et par divers traités qui, sans être proprement des traductions du *De cive*, s'en inspiraient directement et en donnaient la substance ; tels le *Traité du pouvoir absolu des souverains* de Merlat [3] et surtout les *Essais de morale et de politique* [4], dont l'auteur est resté inconnu. Les idées maîtresses de cette philosophie politique sont les suivantes [5]. Dans l'état de nature tous les hommes sont égaux ; ils ont donc tous nécessairement droit à tout ; l'état de guerre est la conséquence forcée de cette égalité des droits ; pour en sortir, ils ont constitué la société civile. — Pour former la société, on est obligé d'admettre que les futurs citoyens renoncent à tout droit ; sinon l'état de guerre renaîtrait nécessairement de lui-même ; toute l'autorité qui était dans le peuple est donc dévolue au souverain, et par cela même ce peuple cesse d'être, il ne forme plus un corps, il n'a

(1) Les citations qui précèdent sont empruntées à Lacour-Gayet, *L'éducation politique de Louis XIV*, p. 267-269. — V. p. 265-285, tout le ch. VIII, *L'opinion publique après la Fronde*.

(2) Traduction de Sorbière, 1649, rééditée en 1651, 1652 et 1653 ; — Traduction de Du Verdus, 1660. (Lacour-Gayet, *op. cit.*, p. 379-381.)

(3) Paru en 1685. (*Op. cit.*, p. 382.)

(4) Lyon, 1687, in-12. (*Op. cit.*, p. 382, n. 3.)

(5) J'emprunte ce résumé presque textuellement à Lacour-Gayet, *op. cit.*, p. 385-387.

plus aucun droit. C'est sur ce point essentiel que tout le système repose. — Tous les droits dont le peuple s'est dépouillé, le prince les possède, à commencer par le droit de faire impunément tout ce qu'il lui plaît ; en effet, qui pourrait le juger ? les sujets n'ont plus aucun droit ; ils doivent une obéissance aveugle. — Le prince peut-il être lié à l'égard des sujets, par une convention expresse ou tacite ? Non. En effet, si le prince s'est engagé devant une personne, celle-ci le dégagera quand le prince le voudra, puisque le sujet ne peut avoir d'autre volonté que celle du prince ; le prince peut donc se dégager chaque fois qu'il lui plaira. Et si le prince s'est engagé avant d'être élu, devant le corps politique, il n'est pas tenu davantage : une fois le prince élu, le corps politique n'existe plus ; l'obligation est éteinte faute de créancier.

Cette théorie aboutit à la négation absolue de toutes lois fondamentales, non seulement des lois fondamentales positives, mais aussi de celles que nous avons appelées essentielles ou générales. Elle nie le droit naturel ; la volonté du prince est la règle du juste et de l'injuste ; il a le droit illimité de disposer de la liberté et des biens des sujets. N'a-t-il donc pas de devoirs ? Son devoir est d'assurer aux sujets cette paix et ce repos pour lesquels ils ont renoncé à l'état de nature. Mais ce devoir n'a aucune sanction : aucune sanction humaine, c'est évident ; aucune sanction divine non plus ; car, à prendre le système de Hobbes en lui-même, il n'implique pas l'existence de Dieu. On dit bien que le prince est soumis à la justice du Souverain maître ; mais il faut remarquer qu'on peut effacer cet article sans que la thèse perde rien de sa solidité ; l'intervention divine n'en est pas une pièce nécessaire. Le souverain de Hobbes n'est pas le lieutenant de Dieu, il est l'ayant droit du peuple.

Toute autre est la doctrine de ceux qu'on peut appeler les absolutistes religieux. Sans doute, « l'autorité royale est absolue », « le prince ne doit rendre compte à personne de

ce qu'il ordonne », « il n'y a point de force coactive contre lui [1] ». Mais, d'abord, en parlant ainsi, Bossuet n'a en vue que la royauté française, ou celles qui lui ressemblent [2] ; et s'il la considère comme la forme de gouvernement la plus parfaite [3], il n'ignore point qu' « il y a eu d'autres formes de gouvernement que celle de la royauté », que « les histoires nous font voir un grand nombre de républiques dont les unes se gouvernaient par tout le peuple, ce qui s'appelait démocratie, et les autres par les grands, ce qui s'appelait aristocratie » ; que « les formes de gouvernement ont été mêlées en diverses sortes et ont composé divers états mixtes [4] » : toutes « formes de gouvernements sur lesquelles Dieu n'a rien prescrit au genre humain : en sorte que chaque peuple doit suivre, comme un ordre divin, le gouvernement établi dans son pays [5] ». « Il n'y a aucune forme de gouvernement, ni aucun établissement humain qui n'ait ses inconvénients : de sorte qu'il faut demeurer dans l'état auquel un long temps a accoutumé le peuple. C'est pourquoi », ajoute Bossuet, « Dieu prend en sa protection tous les gouvernements légitimes, en quelque forme qu'ils soient établis : qui entreprend de les renverser, n'est pas seulement ennemi public, mais encore ennemi de Dieu [6]. » Car « il y a des lois fondamentales qu'on ne peut changer », et « c'est principalement de ces lois fondamentales qu'il est écrit, qu'en les vio-

(1) Bossuet, *Politique tirée de l'Écriture sainte*, liv. IV, art. 1, pr. 1 et 3.

(2) « Comme nous écrivons dans un État monarchique, et pour un prince que la succession d'un si grand royaume regarde, nous tournerons toutes les instructions que nous tirerons de l'Écriture, au genre de gouvernement où nous vivons : quoique par les choses qui se diront sur cet état, il sera aisé de déterminer ce qui regarde les autres » (*op. cit.*, II, 2, conclusion).

(3) Cf. *op. cit.*, II, 1, pr. 10 : « Le gouvernement est le meilleur, qui est le plus éloigné de l'anarchie. »

(4) *Op. cit.*, II, 1, pr. 6.

(5) *Op. cit.*, II, 2, conclusion.

(6) *Op. cit.*. II, 1, pr. 12.

lant « on ébranle tous les fondements de la terre », après quoi il ne reste plus que la chute des empires (1). »

Dans chaque pays, il faut donc s'en tenir à la constitution traditionnelle : telle est la pensée de Bossuet. En France, elle est monarchique, la couronne est héréditaire, et les femmes en sont exclues. Or « la monarchie est la forme de gouvernement la plus commune, la plus ancienne, la plus naturelle » : elle « a son fondement et son modèle dans l'empire paternel, c'est-à-dire dans la nature même (2) ». Surtout, l'autorité royale est celle qui porte le plus la ressemblance de l'autorité divine : elle « a son origine dans la divinité même », « Dieu l'a exercée visiblement sur les hommes dès les commencements du monde » ; et quand il a donné au peuple juif un gouvernement humain, « il a choisi l'état monarchique et héréditaire, comme le plus naturel et le plus durable (3) ». Cette royauté d'Israël, établie par Dieu même, doit servir de modèle aux autres monarchies établies par les hommes. Elle était héréditaire, de mâle en mâle, absolue, mais non arbitraire, tempérée par la loi religieuse : tel doit être « le droit commun de la royauté (4) ». Voilà en quel sens la *royauté* est *de droit divin*. Aussi, « la France peut se glorifier d'avoir la meilleure constitution d'État qui soit possible, et la plus conforme à celle que Dieu même a établie. Ce qui montre tout ensemble, et la sagesse de nos ancêtres, et la protection de Dieu sur ce royaume (5) ».

(1) *Op. cit.*, I, 4, pr. 8. — Il semble bien qu'ici Bossuet a en vue les lois qui concernent l'état du royaume et son établissement, les *lois royales*, au sens de Bodin. Cf. ci-dessus, p. 114.

(2) *Op. cit.*, II, 1, pr. 7. — Ce qui ne veut pas dire que le pouvoir royal dérive *directement* du pouvoir paternel : il s'est établi « ou par consentement des peuples, ou par les armes » (*ibid.*, pr. 4) ; mais « la première idée de commandement et d'autorité humaine est venue aux hommes de l'autorité paternelle » (*ibid.*, pr. 3).

(3) *Op. cit.*, II, 2, conclusion.

(4) *Cinquième avertissement aux Protestants*, § 48, vers la fin.

(5) *Politique...*, II, 1, pr. 11, *in fine*. — Cf. II, 2, conclusion : « Par

Et puis si la royauté est absolue « de droit commun » (remarquons que Bossuet réserve les exceptions à ce droit commun) [1], et si la monarchie française en particulier est telle, c'est-à-dire que le prince, lieutenant de Dieu [2], n'y a de comptes à rendre qu'à Dieu seul, elle n'est pas pour cela arbitraire. « C'est une grande erreur de croire avec M. Jurieu qu'on ne puisse donner des bornes à la puissance souveraine, qu'en se réservant sur elle un droit souverain [3]. » En effet, « les monarchies les plus absolues ne laissent pas d'avoir des bornes inébranlables dans certaines lois fondamentales, contre lesquelles on ne peut rien faire qui ne soit nul de soi : ravir le bien d'un sujet pour le donner à un autre, est un acte de cette nature [4] ». Bossuet parle ici des lois fondamentales *essentielles*, au premier rang desquelles il faut mettre le respect de la liberté et de la propriété des sujets [5].

l'ordre de la divine Providence, la constitution de ce royaume était dès son origine la plus conforme à la volonté de Dieu, selon qu'elle est déclarée par ses Écritures. » — « Par l'ordre de la divine Providence » : on voit ce qu'il faut entendre quand Bossuet dit que Dieu « gouverne tous les peuples et leur donne à tous leurs rois » (*op. cit.*, III, 2, pr. 1 ; cf. VII, 6, pr. 1, 5, 6, 7).

(1) « Je ne prétends pas disputer qu'il n'y en puisse avoir d'une autre forme... Je respecte dans chaque peuple le gouvernement que l'usage y a consacré, et que l'expérience a fait trouver le meilleur. Ainsi je n'empêche pas que plusieurs peuples n'aient excepté, ou pu excepter contre le droit commun de la royauté, ou si l'on veut, imaginer la royauté d'une autre sorte, et la tempérer plus ou moins, suivant le génie des nations et les diverses constitutions des États. » (*Cinquième avertissement, loc. cit.*)

(2) « Les princes agissent comme ministres de Dieu, et ses lieutenants sur la terre... Ils sont sacrés par leur charge, comme étant les représentants de la majesté divine, députés par sa providence à l'exécution de ses desseins »... etc. (*Politique*, III, 2, pr. 1 et 2, etc.)

(3) *Cinquième avertissement*, § 56.

(4) *Ibidem*. — Cf. *Politique*..., VII, art. 1 : « La bonne constitution du corps de l'État consiste en deux choses, dans la religion et dans la justice : ce sont les principes intérieurs et constitutifs des États. Par l'une, on rend à Dieu ce qui lui est dû, et par l'autre on rend aux hommes ce qui leur convient. » Cf. encore, *op. cit.*, VII, 3, pr. 12, et VIII, 2, pr. 1.

(5) *Politique*..., VIII, 2, p. 2 et 3. — L'impôt n'est pas une atteinte au

Ces lois peuvent toutes se résumer dans cette formule : « le prince n'est pas né pour lui-même, mais pour le public », « pour être le support du peuple [1] ». La royauté est un sacerdoce. « Les rois doivent respecter leur propre puissance, et ne l'employer qu'au bien public ; leur puissance venant d'en haut, ils ne doivent pas croire qu'ils en soient les maîtres pour en user à leur gré... Les rois doivent donc trembler en se servant de la puissance que Dieu leur donne », « dont il leur demandera compte », « et songer combien horrible est le sacrilège d'employer au mal une puissance qui vient de Dieu [2] ».

Du reste, si indépendants qu'ils soient de toute autre autorité que celle de Dieu (et de l'Église), « les rois ne sont pas pour cela affranchis des lois », et sous ce nom de lois il faut comprendre « non seulement la religion, mais encore la loi du royaume », à laquelle le prince doit être « soumis autant que les autres, ou plus que les autres, par la droiture de sa volonté [3] ». Le prince est législateur, mais il doit respecter les lois en vigueur [4] ; « il n'y a pas de force coactive contre lui »,

droit de propriété : « dans tous les États, le peuple contribue aux charges publiques, c'est-à-dire à sa propre conservation. » Le prince peut les lever sans le libre octroi de la nation, si telle est la loi du royaume : « la religion n'entre point dans les manières d'établir les impôts publics que chaque nation connaît. La seule règle divine et inviolable parmi tous les peuples du monde, est de ne point accabler les peuples, et de mesurer les impôts sur les besoins de l'Etat, et sur les charges publiques. » (*Op. cit.*, X, 1, p. 6 et 9.)

(1) *Politique*..., III, 3, pr. 2, et pr. 1 *in fine*.

(2) *Op. cit.*, III, 2, pr. 4.

(3) *Op. cit.*, IV, 1, pr. 4. — Cf., V, 1, pr. 9.

(4) « En général les lois ne sont pas lois, si elles n'ont quelque chose d'inviolable... On perd la vénération pour les lois quand on les voit si souvent changer. » Au contraire, « l'attachement aux lois et aux anciennes maximes affermit la société et rend les États immortels » (*op. cit.*, I, 4, pr. 8). — Dans son œuvre législative, le prince doit être « assisté des plus sages têtes de la nation, et appuyé sur l'expérience des siècles passés » (*ibid.*, pr. 6).

parce qu'« autrement tout est en confusion, et l'État retombe en anarchie [1] », mais « la puissance ne détruit pas les obligations de la justice [2] ». Or, « le premier effet de la justice et des lois, est de conserver non seulement à tout le corps de l'État, mais encore à chaque partie qui la compose, les droits accordés par les princes précédents [3] ». Ainsi le respect des privilèges des provinces, et des libertés nationales, est une loi pour le souverain. — La tradition est encore un frein qui contiendra les abus du pouvoir : le prince ne peut gouverner au hasard, il lui faut « garder les anciennes maximes sur lesquelles la monarchie a été fondée, et s'est soutenue... Il n'y a que le passé qui puisse vous apprendre et vous garantir l'avenir [4] ». — Enfin, « les rois habiles se donnent eux-mêmes des bornes pour s'empêcher d'être surpris ou prévenus, ils s'astreignent à certaines lois, parce que la puissance outrée se détruit enfin d'elle-même [5] ». Voilà ce que commandent l'intérêt de la nation et l'intérêt personnel du prince bien compris. Mais les motifs d'intérêt personnel ne sont rien, ou importent peu : dans la théorie de Bossuet, « la crainte de Dieu est le vrai contre-poids de la puissance [6] ».

Ainsi la royauté de Bossuet est autocratique, mais non pas, on le voit maintenant, à manière de celle de Hobbes [7]. Nulle part il ne fait entendre que parmi les anciennes

(1) *Op. cit.*, IV, 1, pr. 3.

(2) *Ibid.*, pr. 4. — Cf. ci-dessus, p. 40, n. 5.

(3) *Op. cit.*, VIII, 3, pr. 2. — L'application de ce principe, combiné avec celui de l'absolutisme de la souveraineté, tout en excluant le vote de l'impôt et la *libre* vérification, aurait admis le droit de remontrances des États généraux et des cours souveraines.

(4) *Op. cit.*, V, 2, pr. 7. — Cf. VIII, 3, pr. 3.

(5) *Cinquième avertissement*, § 56, vers la fin.

(6) *Politique...*, IV, 2, pr. 4. — Cf. X, 6, pr. 2.

(7) Quelques passages de la *Politique* de Bossuet (I, 3, pr. 5 ; IV, 1, pr. 3 *ad finem* ; V, 4, pr. 1), qui ont quelquefois suggéré l'idée d'un rapprochement avec la doctrine de Hobbes, se rattachent, croyons-nous, à une tout

maximes, les coutumes traditionnelles, qu'il est bon et même indispensable de maintenir, son royal élève devra comprendre les prérogatives, si réduites soient-elles, des Parlements et des États généraux. A l'époque où il écrit (1678, 1690) (1) on n'en peut être surpris. Il estime sans doute qu'elles sont tombées en désuétude. Mais sur le principe même du respect de la tradition, des coutumes établies, il est très net : il ne manque pas une occasion de mettre en relief leur importance. En d'autres temps, il eût été un absolutiste modéré comme Seyssel ou Clémengis.

L'ensemble de sa doctrine rappelle même des souvenirs beaucoup plus lointains. On a pu remarquer que les lois fondamentales positives n'y tiennent presque aucune place ; il fait rentrer dans la catégorie des lois fondamentales *essentielles* ou générales, sous le nom de « droit commun de la royauté », tous les éléments constitutifs de la monarchie chrétienne, faite à l'image de la royauté juive ; il n'est pas jusqu'à l'hérédité et à l'exclusion des femmes qu'il ne semble comprendre dans cette catégorie. On reconnaît la manière de voir de nos plus vieux auteurs. Et la ressemblance s'explique aisément : comme Bossuet, huit siècles avant lui, Jonas d'Orléans ou Hincmar faisaient une *politique tirée de l'Écriture sainte*. Théories et méthodes sont les mêmes (2).

autre source d'inspiration : à Suarez. Cf. les textes de ce dernier, *infra*, p. 221 n. 1 et 3.

(1) Les six premiers livres de la *Politique* ont été terminés en 1679, les quatre derniers ont été écrits seulement en 1700-1701. Le *Cinquième avertissement* parut en 1690.

(2) L'œuvre de Bossuet, si elle est la plus parfaite, est loin d'être la seule de son genre. Avant elle, d'innombrables *Éducations du Prince* ou *Politiques chrétiennes* avaient été composées selon le même esprit : ainsi, sans sortir du XVIIe siècle, l'*État chrétien ou maximes politiques tirées de l'Écriture*, de Vaure (1626) ; — le *Regnum Dei* du P. Caussin (1650) ; — le *Traité de la grandeur*, de Nicole (dans son *Éducation d'un Prince* ; 1670). Sur ces ouvrages et d'autres encore, cf. Lacour-Gayet, *op. cit.*, p. 33, 295-298, etc. — Après Bossuet, c'est encore dans l'Écriture

Domat, lui aussi, un juriste, contemporain de Bossuet, construit son *Droit public* à peu près selon les mêmes principes. Toute sa doctrine politique pourrait se résumer en ces quelques mots : le droit public, dans les monarchies, consiste moins en lois positives qu'en règles morales qui ont leur fondement dans la nature humaine et surtout dans la religion ; elles n'ont d'autre sanction que la justice de Dieu. Les arguments sont souvent semblables ; l'Écriture sainte en fournit une bonne part [1].

Si, du reste, Domat considère la monarchie française comme absolue, il n'en réserve pas moins le principe général que le prince *doit* observer les lois du royaume : « encore que sa puissance semble le mettre au-dessus des lois, personne n'ayant droit de lui faire rendre compte de sa conduite, il doit observer celles qui peuvent le regarder [2] ». Telles seraient la loi de succession et l'inaliénabilité du domaine [3]. Enfin le prince est entouré de conseils : « par l'ordonnance de Moulins, et celle de 1667, il est ordonné que les Parlements et les autres cours fassent leurs remontrances au roi sur ce qui pourrait se trouver dans les ordonnances de contraire à l'utilité ou à la commodité publique [4] ».

On le voit, l'absolutisme religieux ne méconnaît nullement les lois fondamentales : non seulement les essentielles, auxquelles il donne au contraire toute leur valeur, mais même les positives : s'il ne reconnaît guère comme telles que celles de la succession au trône et de l'inaliénabilité du domaine, celles qui « fondent la souveraineté », comme aurait dit Bodin, c'est qu'il prend la monarchie française

sainte que l'abbé Duguet puise la substance de son *Institution d'un prince* (Leyde, 1739, 4 vol. in-12).

(1) Le droit romain et les ordonnances fournissent l'autre.

(2) Domat, *Le Droit public*, liv. I, tit. 2, sect. 3, art. 14 ; dans *Les Lois civiles... Le Droit public...*, éd. de Paris, 1735, in-f°, t. II.

(3) Domaine : *op. cit.*, l. I, t. VI, sect. 1, art. 12 et s.

(4) *Op. cit.*, l. I, t. 2, s. 2, art. 3 ; cf. *ibid.*, t. 3, s. 2, art. 11 et 12.

dans l'état où il la trouve (1), et que cet état lui paraît conforme aux vrais principes de sa constitution. Peut-être se trompe-t-il. Encore faut-il reconnaître que, au contraire de la doctrine de Hobbes, celle-ci laisse une place aux lois fondamentales même positives : par là elle se rapproche de la doctrine traditionnelle.

IV

La théorie des lois fondamentales sous Louis XIV : l'*Estat de la France ;* — De Launay ; — les *Soupirs de la France esclave ;* — le *Traité des droits de la Reine ;* — les idées politiques de Fénelon.

Le gouvernement autocratique de Louis XIV méconnut complètement les antiques traditions qui avaient pendant de longs siècles tempéré l'absolutisme monarchique : déjà bien compromises, surtout depuis Richelieu, elles disparaissent, la plupart pour toujours ; les assemblées d'États généraux, les libertés communales et provinciales ne revivront plus ; quant aux droits politiques des Parlements, réduits à rien par les ordonnances de 1667 et 1673, le Régent les restaurera en 1715, mais pour le malheur de la monarchie. La gloire incomparable du grand règne fit croire aux contemporains que Louis XIV avait réalisé l'idéal politique. L'opinion est à peu près unanime. On peut en suivre les progrès, par exemple, en comparant les éditions successives de cette sorte d'annuaire qu'est l'*Estat de la France* (2) : en 1656, Du Verdier

(1) Cf. encore le *Droit public de France,* de l'abbé Fleury (Paris, 1769, 2 vol. in-12), t. I, 1re part., p. 3. — Ouvrage posthume, écrit probablement pour l'éducation du duc de Bourgogne.

(2) Publication commencée en 1652 et continuée successivement par divers auteurs. V. la bibliographie dans Lelong, *Bibliothèque historique,* t. II, n° 27 296.

y consacre encore des développements assez étendus au droit public, et tout en posant en principe que « la France est un État véritablement monarchique [1] », il explique quelles sont les prérogatives politiques du Parlement, comment cette cour « est en une longue possession de vérifier tous les édits du roi », c'est-à-dire qu'il lui est « permis de faire des remontrances », après quoi, du reste, si le prince les maintient, « il est contraint d'obéir et de les vérifier » : pouvoir qu'il tient des rois eux-mêmes, qui ont voulu « faire paraître qu'ils n'entreprennent rien contre l'équité, ni contre les lois fondamentales de l'État [2] ». Du Verdier consacre aussi un chapitre aux États généraux, grands conseils nationaux que le prince, il est vrai, « convoque quand bon lui semble », mais qui ont le pouvoir « de procéder à l'élection d'un régent ou d'une régente », quand le roi prédécédé ou absent n'y a pas pourvu, et « de déclarer quel doit être le successeur, lorsqu'il y a quelque contention pour ce sujet [3] ». C'est la doctrine de Coquille que Du Verdier résume pour les lecteurs de son *Estat de la France*. En 1661, l'*Estat nouveau de la France* (sans nom d'auteur) [4], est déjà beaucoup plus sobre de détails : c'est à peu près le même texte, mais il a subi des coupures significatives : tout le passage où il était question de la vérification et des remontrances du Parlement est supprimé ; le chapitre des États généraux y est cependant maintenu. Celui-ci disparaît à son tour ; en 1663, il n'en reste

(1) *Le vray et nouveau estat de la France*..., par le sieur Du Verdier, historiographe de France ; Paris, 1656, in-12 ; p. 2.

(2) P. 3 et 4.

(3) P. 270-272. — « La succession du royaume de France n'est pas héréditaire ni paternelle, mais statutaire et légale, de sorte que les rois de France sont simplement successeurs à la couronne par vertu de la loi ou coutume générale de France... » etc. (ch. III, p. 12). Le ch. II traite des régences.

(4) Paris, 1661, in-12.

que quelques lignes insignifiantes (1). Enfin quelques années après, l'*Estat de la France* prend le parti de ne même plus dire un mot du droit public (2) : en revanche, il est rempli d'abondants renseignements sur les dignités et charges de cour, sur leurs titulaires, sur les divisions administratives.

Il est certain que ce silence n'était pas pour déplaire au maître omnipotent. Était-il imposé ? Je ne le crois pas. En 1688, un « professeur royal du droit français », imprimant avec privilège du roi les leçons faites par lui « dans la salle du *Collège royal* à Paris », adoptait bien et reproduisait tout au long la théorie du président L'Alouette sur les « six points fondamentaires », et les fameuses paroles du premier président de Harlay au lit de justice du 15 juin 1586 (3). L'enseignement de François de Launay était d'ailleurs dans la pure tradition française. Ainsi, sans parler de l'auteur des *Soupirs de la France esclave*, un pamphlétaire, et qui ne fait guère que piller la *Franco-Gallia* et les *Vindicæ contra tyrannos* (4), tout le monde n'avait pas oublié l'ancien droit public, les lois fondamentales; et jusque dans les chaires officielles des voix autorisées leur rendaient encore hommage.

Bien plus : Louis XIV lui-même, qui en général affectait de les ignorer, et qui devait en 1714 leur porter une si audacieuse atteinte en déclarant ses bâtards princes du sang et

(1) *L'Estat de la France*, par M. Besongne, Paris, 1663, 2 vol. in-12, t. II, p. 3 à 5.

(2) V. par exemple l'édition de 1678-79, Paris, 2 vol. in-12.

(3) François de Launay, *Commentaire sur les Institutes coutumières d'Antoine Loisel*, Paris, 1688, in-8°, *Préface*, p. L à LII. — Cf. ci-dessus, p. 148 n. 4, et 149.

(4) *Les Soupirs de la France esclave qui aspire après la liberté*, s. l., 1689, in-4° ; v. notamment les VIe, VIIe et VIIIe *Mémoires*. Cet ouvrage, anonyme, est attribué, soit à Jurieu, soit à Michel Le Vassor. — Jurieu, dans ses *Lettres pastorales* (Rotterdam, 1689 ; lettres XVI-XVIII) professe la politique *a priori* de ses devanciers du XVIe siècle. Cf. *supra*, p. 103-104, et *infra*, p. 229-230.

habiles à succéder à la couronne, Louis XIV lui-même invoqua ces lois fondamentales quand il y trouva son avantage : le *Traité des droits de la Reine très chrétienne sur divers États de la monarchie d'Espagne* (1), écrit sous l'inspiration du roi, publié par son ordre (2), contient quelques pages qu'on est d'abord bien étonné d'y rencontrer. « La loi fondamentale de l'État, y est-il dit, ayant formé une liaison réciproque et éternelle entre le prince et ses descendants d'une part, et les sujets et leurs descendants de l'autre, par une espèce de contrat qui destine le souverain à régner, et les peuples à obéir, nulle des parties ne peut seule et quand il lui plaît se délivrer d'un engagement si solennel, dans lequel ils se sont donnés les uns aux autres pour s'entr'aider mutuellement (3)... Les rois, par un attribut même de leur souveraineté, et par la propre excellence et perfection de leur sacré caractère, sont dans une bienheureuse impuissance de détruire les lois de leurs États, ni renverser au préjudice du droit public les coutumes particulières de leurs provinces. Ce n'est ni imperfection ni faiblesse dans une autorité suprême que de se soumettre à la foi de ses promesses, ou à la justice de ses lois (4). » Il est bien évident, du reste, qu'en autorisant de pareilles propositions, Louis XIV n'y donnait en aucune manière l'adhésion intime de sa pensée, et ne les acceptait que comme arguments de circonstance (5). L'histoire de son

(1) Paris, de l'Imprimerie royale, 1667, in-12. D'après le P. Lelong (*Bibl. hist.*, n° 28 847), ce *Traité* aurait été rédigé par Antoine Bilain, avocat au Parlement, d'après des documents réunis par Amable de Bourzeis, abbé de Saint-Martin de Cores. On y soutient les droits de Marie-Thérèse d'Autriche sur les Pays-Bas, en se basant sur la nullité des renonciations qu'elle a faites.

(2) V. l'*Avertissement*.

(3) Première partie, p. 169.

(4) Seconde partie, p. 191.

(5) De même en 1712, Louis XIV invoque les lois fondamentales pour nier la validité de la renonciation que pourrait faire Philippe V à ses droits

règne leur donne un perpétuel démenti (1). S'il acceptait de reconnaître dans la loi divine, dans la loi morale, des limites à son absolu pouvoir, — limites dont Dieu seul fût juge, — il se croyait certes au-dessus de toute loi humaine, qu'elle fût l'œuvre de ses prédécesseurs ou l'œuvre du temps, qu'elle fût une *loi du roi* ou une *loi du royaume*; du moins il entendait ne s'y soumettre qu'autant que dans sa sagesse il le jugerait à propos. Il se faisait, on ne peut le nier, une haute idée de sa fonction de roi; il s'en faisait même une idée trop haute, où l'orgueil personnel avait une bonne part.

Louis XIV eût pu faire son profit des *Directions pour la conscience* d'un roi, que Fénelon écrivit pour son petit-fils, le duc de Bourgogne. Les erreurs et les fautes du grand monarque vieilli et accablé de revers ont suggéré à l'illustre précepteur les points principaux de cet examen de conscience, dans lequel il faut pourtant voir beaucoup moins une critique du gouvernement de Louis XIV, qu'un sage avertissement au prince qui pouvait être appelé à lui succéder. « Avez-vous, lui dit-il, étudié la vraie forme du gouvernement de votre royaume ?... Avez-vous étudié les lois fondamentales, et les coutumes constantes qui ont force de loi pour le gouvernement de votre nation ? Avez-vous cherché à connaître sans vous flatter, quelles sont les bornes de votre autorité ? Savez-vous par quelles formes le royaume s'est gouverné sous les diverses races ? Ce que c'était que les anciens Parlements, et les États généraux qui leur ont succédé ? Quelle était la subordination des fiefs ? Comment les choses ont passé à l'état présent ? Sur quoi ce changement est fondé ? Ce que c'est que l'anarchie ; ce que c'est que la puissance arbitraire ; et ce que c'est que la royauté réglée par les lois, milieu entre ces deux extrémités ?... Croyez-vous

sur la couronne de France. V. sur ce point Hitier, *La doctrine de l'absolutisme*, Paris, 1903, in-8°, p. 126.

(1) V. sur ce point Hitier, *op. cit.*, p. 115 à 128.

que Dieu souffre que vous régniez, si vous régnez sans être instruit de ce qui doit borner et régler votre puissance ? Il ne faut pas regarder l'étude de l'histoire, des mœurs, et de tout le détail de l'ancienne forme de gouvernement, comme une curiosité indifférente, mais comme un devoir essentiel de la royauté (1). »

Fénelon, on le voit, est traditionaliste ; et en voici la raison : « C'est que les hommes corrompus étant incapables, à cause de leurs préjugés, de leurs passions, ou des bornes naturelles de l'esprit humain, de juger de ce qui est absolument le meilleur en soi, il faut quelque principe moins équivoque que la bonté apparente des choses, pour fixer les droits de la société et de la souveraineté ; et ce ne peut être que l'ancienneté des coutumes » ; à quoi il ajoute : « ou le consentement de la puissance qui tient le rang suprême dans un État (2) » : car il ne faut pas que le respect aveugle des coutumes établies empêche la réformation ou le perfectionnement de l'État ; mais c'est au souverain d'y pourvoir, selon les vœux et les besoins de la nation. Encore ne devra-t-on jamais porter atteinte aux principes les plus essentiels, les plus fondamentaux, du gouvernement établi, — à ce que Bodin aurait appelé l'*état*. « Quand l'autorité souveraine est une fois fixée, par les lois fondamentales, dans un seul, dans peu, ou dans plusieurs, il faut en supporter les abus, si l'on ne peut y remédier par des voies compatibles avec l'ordre... (3) Rien ne doit être plus sacré

(1) *Directions pour la conscience d'un Roi*, dir. VIII.

(2) *Essai philosophique sur le gouvernement civil*, ch. VII. Cet *Essai* a été rédigé et publié, non par Fénelon lui-même, mais par le chevalier de Ramsay ; on s'accorde généralement à y reconnaître l'expression fidèle de la pensée de Fénelon. — « Toutes les sortes de gouvernements, dit-il encore ailleurs, sont nécessairement imparfaites, puisqu'on ne peut confier l'autorité suprême qu'à des hommes... On ne trouvera donc pas le bonheur de la société humaine en changeant et en bouleversant les formes déjà établies. » Deuxième *Supplément* aux *Directions* (rédigé aussi par Ramsay).

(3) Deuxième *Supplément* aux *Directions*.

aux nations que la constitution primitive et fondamentale des États. Quelle que soit la forme du gouvernement, quels qu'en paraissent les défauts et les abus, s'il a été établi de temps immémorial, s'il a été confirmé par un long usage, il n'est plus permis aux particuliers de l'altérer ni de le détruire, sans le concours de la puissance souveraine (1) ».

Son traditionalisme, aussi bien que ses préférences *a priori*, le conduisent à reconnaître dans la constitution de la France ce qu'on pourrait appeler l'*absolutisme modéré*. La souveraineté appartient au roi seul : mais son pouvoir doit être et était autrefois tempéré par le concours d'une aristocratie influente, et de la nation elle-même. D'une part, « il faut nécessairement que tout gouvernement soit absolu », — et on ne doit pas entendre, « par absolu, un pouvoir arbitraire de faire tout ce qu'on veut », mais « une puissance qui juge en dernier ressort (2) ». La souveraineté ainsi comprise est nécessairement indivisible : le pouvoir législatif, celui de juger, celui de faire la guerre et la paix, celui de lever des impôts, ne sont que des manifestations d'une souveraineté unique (3) : en France, le roi étant seul souverain, possède

(1) *Essai philosophique*..., ch. VII.

(2) *Op. cit.*, ch. V. « Dans tout gouvernement il faut qu'il y ait une telle puissance suprême : car puisqu'on ne peut pas multiplier les puissances à l'infini, il faut absolument s'arrêter à quelque degré d'autorité supérieur à tous les autres, et dont l'abus soit réservé à la connaissance et à la vengeance de Dieu seul. » (*Ibid.*) — Cette autorité vient aussi de Dieu seul : « Rien n'est plus faux que cette idée des amateurs de l'indépendance, que toute autorité réside originairement dans le peuple, et qu'elle vient de la cession que chacun fait, à un ou plusieurs magistrats, de son droit inhérent de se gouverner soi-même... Le consentement libre ou forcé, exprès ou tacite d'un peuple libre, à la domination d'un ou de plusieurs, peut bien être un canal par où découle l'autorité suprême ; mais il n'en est pas la source. Ce consentement n'est qu'une simple déclaration de la volonté de Dieu qui manifeste par là à qui il veut que son autorité soit confiée. » (*Op. cit.*, ch. VI.)

(3) *Op. cit.*, ch. XI.

ces divers pouvoirs. — D'autre part, on l'a déjà vu, Fénelon regarde la royauté française comme une « royauté réglée par les lois ». Quelles sont donc ces lois ?

Si l'on prend la politique de Fénelon dans ses *Dialogues* ou le *Télémaque*, elle se formulera en ces quelques propositions : « L'autorité que le roi paraît avoir n'est pas la sienne ; ... son autorité est celle des lois (1). — Le roi peut tout sur les peuples, mais les lois peuvent tout sur lui (2). — Il faut qu'un peuple ait des lois écrites, toujours constantes, et consacrées par toute la nation ; qu'elles soient au-dessus de tout, que ceux qui gouvernent n'aient d'autorité que par elles (3). — La personne du roi détachée de la loi n'est rien (4). » C'eût été là une politique *en l'air*, sans support dans la réalité (5), et qui aurait bien mérité à Fénelon d'être appelé « un bel esprit chimérique ». Si on y ajoute tel passage de l'*Essai philosophique*, où le rédacteur, faussant ou exagérant la pensée de Fénelon, préconise le *partage du pouvoir législatif* entre le prince et une assemblée de seigneurs héréditaires (6), on obtient un ensemble qui serait une image bien infidèle du droit public de l'ancienne France.

Fénelon n'a pas commis une pareille méprise. Mais il y a deux parts à faire dans ses idées et ses *plans* politiques : celle de la tradition, et celle des réformes ; celle des institutions, des usages que l'absolutisme a voulu faire disparaître,

(1) *Télémaque*, liv. XVIII.

(2) *Op. cit.*, liv. V.

(3) *Dialogue* de Socrate et d'Alcibiade.

(4) *Ibid.*

(5) Que faut-il entendre par cette souveraineté qui réside *dans les lois* ? La souveraineté ne peut appartenir qu'à un être vivant, à un *législateur*. Si c'est « toute la nation », l'état est démocratique et le prince n'est que simple magistrat. Fénelon pouvait prêter une pareille conception aux personnages de l'antiquité qu'il mettait en scène. Mais pensait-il en faire l'application à la France, comme avaient fait Hotman et son école ? nous ne le croyons pas.

(6) *Essai philosophique*, ch. XV.

et qu'il faut restaurer, et celle des perfectionnements que, dans l'avenir, on greffera sur le tronc rajeuni des antiques traditions nationales.

Il faut d'abord « se ressouvenir de la vraie forme du royaume[1] », c'est-à-dire reprendre l'usage des assemblées d'États généraux [2], abandonné depuis un siècle, et leur rendre leur rôle consultatif dans toutes les affaires importantes ; rendre à la nation le droit de consentir l'impôt [3] ; maintenir ou restaurer les libertés provinciales et locales, là surtout où d'anciens traités y obligent le roi [4]; rendre à la noblesse sa force et son rôle dans l'État, en cessant de l'attirer et de la domestiquer dans le faste de la cour[5]. Quant aux Parlements, « qui sont des compagnies infiniment inférieures aux anciens Parlements ou États de la nation [6] », Fénelon leur reconnaît bien le droit de remontrances [7], mais non celui de libre vérification : du moins il n'en parle nulle part. Ces corps de juges ne lui semblent pas un rouage *politique* essentiel ; et de plus, à cause de leur esprit procédurier, à cause surtout de leurs « maximes schismatiques [8] », il les tient en suspicion.

Les projets de Fénelon ne se limitaient pas à une restauration du passé. Voici maintenant le chapitre des réformes et des innovations : extension à toutes les provinces du régime des *pays d'états*, suppression des intendants, sup-

(1) *Lettre* au duc de Chevreuse, 4 août 1710. Ce sont les termes mêmes que Fénelon emploie dans les *Directions*, VIII, ci-dessus, p. 190.

(2) *Directions*, VIII ; *Plans de gouvernement concertés avec le duc de Chevreuse pour être proposés au duc de Bourgogne* (novembre 1771), art. II, § 3, 5°.

(3) *Plans de gouvernement, ibid.*, 3° et 5° ; *Directions*, XVII (XVIII dans d'autres éditions).

(4) *Plans de gouv.*, art. II, § 3 ; *Directions*, XXIX (ou XXX).

(5) *Plans de gouv.*, art. II, § 2 et 5.

(6) *Directions*, XVII (ou XVIII).

(7) *Ibidem*.

(8) *Plans de gouv.*, art. II, § 4, 8° et 10°.

pression des grosses fermes, des traitants, des ruineuses juridictions financières, en un mot, suppression de la bureaucratie centralisatrice et son remplacement par des administrations provinciales et locales douées d'une large autonomie (1); périodicité des États généraux, qui seraient chargés, outre leur fonction consultative pour toutes les affaires importantes de l'État, de « corriger les choses faites par les états des provinces, sur les plaintes et preuves », de « réviser leurs comptes », de répartir l'impôt entre les diverses provinces, de « punir les seigneurs violents » de « corriger les abus naissants », enfin, d'une manière générale, de délibérer « sur toutes les matières de justice, de police, de finance, de guerre, d'alliances et négociations de paix », etc., avec faculté de « continuer les délibérations aussi longtemps qu'ils le jugeront nécessaire (2) ».

En face d'un pareil programme de réformes, d'innovations si grosses de conséquences, on n'est pas sans quelque inquiétude ; et quand Fénelon propose, pour mettre un frein au luxe qui ruine et corrompt la noblesse, de faire des « lois somptuaires comme les Romains (3) », on est tenté de sourire. Mais s'il est vrai qu'il y a en lui un réformateur un peu « chimérique » qui se donne libre carrière tant qu'il ne s'agit que de faire des « plans », il faut lui rendre cette justice que, mis en contact immédiat avec la réalité, il sait sacrifier ce qu'il y a de présentement irréalisable dans ses beaux rêves, et tenir compte de l'état des choses et de l'œuvre du temps. Les *Directions pour la conscience d'un roi*, certaines lettres à son élève ou au duc de Chevreuse, le montrent bien. Sans doute, il faudrait revenir au vote des impôts par la nation : mais une telle réforme n'étant pas sans danger, le prince se contentera d'abord de n'en établir aucun « sans avoir bien

(1) *Ibid.*, § 3.
(2) *Ibidem.*
(3) *Plans de gouv.*, § 2.

consulté des personnes incapables de le flatter, et qui aient un véritable zèle pour le bien public (1) ». Sans doute, il serait bón de restaurer les assemblées d'États généraux ; au milieu des malheurs qui accablent la France en 1710, « il faudrait que le roi mît le corps entier de la nation en part du plan général de ses affaires, ... il faudrait qu'il se répandît dans toute la nation, une persuasion intime et constante que c'est la nation elle-même qui soutient, pour son propre intérêt, le poids de cette guerre » : mais comme « un tel changement pourrait émouvoir trop les esprits, et les faire passer tout à coup d'une absolue dépendance à un dangereux excès de liberté, il ne propose point d'assembler les États généraux, qui sans cette raison seraient très nécessaires ; ... comme la trace en est presque perdue, et que le pas à faire est très glissant dans la conjoncture présente, il y craindrait de la confusion. Il se bornerait donc à des notables, que le roi consulterait l'un après l'autre (2) ». Et ainsi du reste. Fénelon, tout réformateur qu'il est, sait donc comprendre non seulement que ses projets de perfectionnements doivent rester à l'état d'idéal, mais que même le retour à d'antiques traditions tombées en désuétude n'est pas un remède infaillible e applicable en tous temps, et que dans la restauration des *lois fondamentales* il faut tenir compte du *dernier état*. Si le duc de Bourgogne avait régné, peut-être Fénelon eût-il été un sage et grand ministre.

---

(1) *Directions*, XVII (ou XVIII).

(2) *Lettre* au duc de Chevreuse, 4 août 1710.

CHAPITRE IV

Les Lois fondamentales au XVIII[e] siècle.

I

L'affaire des princes légitimés ; — le testament de Louis XIV ; — les idées politiques de Saint-Simon ; — de Boulainvilliers.

Louis XIV, au mépris de la loi fondamentale de succession, déclarait par un édit de juillet 1714 (1), ses bâtards légitimés, le duc du Maine et le comte de Toulouse, et leurs descendants mâles, habiles à succéder à la couronne à défaut de princes du sang légitimes. Le Parlement, habitué alors à obéir, enregistra l'édit sans résistance : peut-être aussi pensa-t-il qu'une telle disposition, étant d'après le droit public du royaume radicalement nulle, ne pourrait avoir aucune exécution après la mort du roi.

Radicalement nulle, ai-je dit : et c'est bien ainsi en effet que les contemporains l'ont jugée. Quand il s'agit, en 1717, de faire révoquer cette déclaration, les princes du sang s'appuient sur ce que « le feu roi n'a pu disposer de la couronne, ni donner le titre de prince du sang », parce que c'est « la loi du royaume » qui « appelle à la couronne », et que « personne ne la peut avoir que celui qui y est appelé par les

(1) Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. XX, p. 619-623.

lois fondamentales [1] ». C'est la doctrine traditionnelle, telle qu'elle avait été définitivement fixée par Jean de Terre-Rouge au début du xv[e] siècle ; le *Mémoire* cite le témoignage de Juvénal des Ursins, et d'autres encore. Rappelant la disposition du traité de Troyes qui déférait la couronne au roi d'Angleterre, il ajoute : « Cette disposition supposait dans le roi un pouvoir qu'il n'avait pas ; ... aussi ne subsista-t-elle qu'autant de temps que la violence prévalut sur la justice ; il ne fut besoin ni d'édit, ni de lettres patentes pour la révoquer : la loi de l'État fut seule suffisante pour affermir le droit de l'héritier légitime sans aucune révocation [2]. »

Les légitimés avaient beau nier « la prétendue loi fondamentale [3] » qui les excluait de la succession à la couronne, la nullité ne faisait donc pas de doute. Saint-Simon était dans la stricte vérité en écrivant : « Jamais disposition plus nulle, plus vaine, ni plus inutile à opérer son effet... C'est un attentat à la couronne [4] », « un forfait contre la loi fondamentale de l'État [5] ». Aussi bien, la contestation entre les princes du sang et les légitimés ayant été portée devant le roi, c'est-à-dire devant le régent, le conseil de régence rendit, en juillet 1717, un jugement en forme d'édit, où il « révoque » purement et simplement l'acte de Louis XIV, et dont le préambule dit assez clairement que cet acte était nul par lui-même : « Puisque les lois fondamentales de notre

(1) *Mémoire des princes du sang pour répondre au Mémoire instructif des princes légitimés...*, seconde proposition, p. 8 et 9 (s. l., in-f° ; à la fin : *Imprimé par ordre des princes du sang, le 1er février 1717*. D'après le P. Lelong, ce *Mémoire* aurait été écrit par Millain, secrétaire des commandements du duc de Bourbon. *Bibl. hist.*, t. II, n° 28 589).

(2) P. 9.

(3) Un des factums publiés en faveur des légitimés et sans doute à leur instigation, est intitulé *Examen de la prétendue loi fondamentale de l'État, qui exclut les princes légitimés de la succession à la couronne.*

(4) Saint-Simon, *Mémoire sur les légitimés,* dans les *Écrits inédits* publiés par P. Faugère (Paris, 1880, 8 vol. in-8°), t. II, p. 67, etc.

(5) *Ibid.*, p. 150.

royaume nous mettent dans une heureuse impossibilité d'aliéner le domaine de notre couronne, nous nous faisons gloire de reconnaître qu'il nous est encore moins libre de disposer de notre couronne même... etc. (1) ». Les légitimés avaient réclamé qu'au moins on consultât la nation, c'est-à-dire les États généraux, la question de succession à la couronne étant, selon la tradition, de celles qui devaient leur être soumises ; mais l'édit, adoptant avec raison la manière de voir du *Mémoire des princes du sang*, répond qu'il n'est pas nécessaire de faire intervenir la nation pour constater la nullité d'une « disposition sur laquelle elle n'a pas été consultée (2) ».

La *loi fondamentale* était nette, la violation en avait été manifeste, aussi le conseil de régence n'eut-il pas à chercher de détours pour prononcer la nullité. Remarquons en passant qu'il n'en avait pas été de même, et que la question était beaucoup moins claire dans l'affaire du testament de Louis XIV, cassé en 1715 par le Parlement. On a souvent cherché à justifier cet arrêt en disant que la disposition par laquelle Louis XIV réduisait à rien l'autorité effective du premier prince du sang pendant la minorité du jeune roi, en ne lui donnant que la présidence d'un conseil de régence où tout devait se décider à la pluralité des voix, était contraire aux lois fondamentales qui, dit-on, attribuaient au premier prince du sang, avec le titre de régent, la plénitude des pouvoirs qui y étaient attachés. Cette opinion est pour le moins

(1) Édit de juillet 1717 (Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. XXI, p. 147).

(2) *Ibid.* — Cf. le *Mémoire des princes du sang*, p. 28. — Saint-Simon est du même avis. Il fait même un raisonnement encore plus irréfutable : puisque, dit-il, les légitimés estiment que Louis XIV *a pu* les faire princes du sang et habiles à succéder à la couronne, « il est évident que ce qu'un roi a établi, un autre le peut détruire, et que le principe qui les a faits ce qu'ils étaient, est le même pour attaquer et changer cet état. » (*Op. cit.*, p. 125 ; cf. p. 166.)

douteuse. La loi fondamentale, c'est-à-dire la tradition en cette matière, n'était pas si exclusive. Que la régence dût appartenir, de droit, au premier prince du sang, en l'absence de toute disposition du roi prédécédé, tel était bien le principe : mais il avait été généralement admis qu'en première ligne il fallait tenir compte de cette disposition, s'il y en avait une (1). L'argument était si faible que le duc d'Orléans, aussi bien que le Parlement, n'invoquèrent les lois du royaume qu'avec une certaine timidité, presque subsidiairement : on mit surtout en avant les dernières paroles du roi, on s'appuya sur ses intentions présumées, qui auraient modifié le testament (2). Et puis le Parlement, étant fait juge du cas, usa de l'autorité qu'on affectait de lui reconnaitre. Au fond, ce fut un marché : le duc d'Orléans voulait la régence ; il flatta le Parlement, lui promit de lui rendre le droit de libre enregistrement, « le lui jeta presque à la tête », comme dit d'Aguesseau (3), — et on sait ce que le Parlement devait en faire. Le duc d'Orléans obtint la régence aux dépens de l'autorité royale. Les lois du royaume n'eurent pas grand chose à voir dans cette affaire.

Revenons à celle des légitimés. Les mémoires qu'elle fit naître, celui des princes du sang, celui de Saint-Simon, ne se contentent pas d'établir la nullité de la déclaration de 1714, en disant : la loi fondamentale est telle, elle est certaine, elle a été violée ; — ils veulent encore répondre à ceux qui nieraient la *fondamentalité* de cette loi, et sont ainsi amenés à rechercher quelle est son origine, et d'où elle tire sa force obligatoire. Leur thèse doit attirer notre attention. « Cette

(1) V. *infra*, chap. V, § IV.

(2) Cf. Flammermont, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle* (Paris, 1888-98, 3 vol. in-4°), t. I, p. 6, 7, et 11 ; — Glasson, *Le Parlement de Paris* (Paris, 1901, 2 vol. in-8°), t. II, p. 8 à 11 ; — Hitier, *op. cit.*, p. 120-121.

(3) D'Aguesseau, *Fragment sur l'origine et l'usage des remontrances*, dans ses *Œuvres* (Paris, 1759-89, 13 vol. in-4°), t. XIII, p. 546.

loi, dit le *Mémoire des princes du sang*, a été respectée par tous les rois de France qui ont bien connu la qualité et le titre de la couronne qu'ils portent. Redevables à la nation du choix qu'elle avait fait de celui dont ils descendaient, ils ont bien senti qu'ils devaient laisser à la nation ce sacré dépôt tel qu'ils l'avaient reçu d'elle... » Et après avoir cité un passage de Mézerai (1), où il est dit que « personne ne peut avoir la couronne que celui qui y est appelé par les lois fondamentales,... puisque le peuple français, *qui sans doute est plus ancien que ses rois*, ne leur a *cédé sa* puissance et confié *son* autorité que sous ces *conditions*-là », le *Mémoire* ajoute : « Tous ceux qui ont écrit sur cette matière... ont raisonné sur le même principe ;... tous leurs sentiments se renferment dans ce principe, qu'en France celui qui succède à la couronne ne tient rien du roi son prédécesseur, mais du peuple : *non jus accepit ab eo qui decessit, sed a populo* (Grotius). Il y a donc une loi, un *contrat primitif* et originaire, qui en liant le roi avec la nation, ôte au roi la disposition de la couronne, pour la laisser à la nation lors de l'extinction de la maison royale qu'elle avait choisie pour régner sur elle (2) .»

La thèse de Saint-Simon paraîtra toute voisine ; en réalité, elle est bien différente. Le roi, dit-il, n'a pas pu disposer de la couronne, parce qu'elle « ne fut jamais un bien sujet à pouvoir être légué ni donné en manière quelconque (3) » ; cette disposition est « faite en substitution perpétuelle par la loi salique (4) » ; « or, tant qu'il est des héritiers, ou pour parler

(1) Ce sont les paroles que l'historien prête à Robert d'Artois, dans un long discours que celui-ci aurait prononcé en 1328 pour répondre aux ambassadeurs du roi d'Angleterre et défendre les droits de Philippe VI. V. l'*Histoire de France* de Mézerai, sous cette date, au t. IV, p. 294, de la réimpression de Paris, 1830, 18 vol. in-8°. Ce discours n'est pas reproduit, même en substance, dans l'*Abrégé chronologique*.

(2) *Mémoire des princes du sang*, p. 8 et 9.

(3) *Mémoire sur les légitimés*, p. 66.

(4) *Op. cit.*, p. 121.

avec plus d'exactitude, des substitués à un bien, vivants et incontestables, ni le roi, ni la nation ne peuvent disposer de ce bien, parce qu'on ne dispose que d'une chose vacante, et que ce bien n'est point vacant (1). » Si la race régnante vient à s'éteindre, la désignation du successeur « passe à la nation qui alors a *droit d'élire* à la couronne sans que jusqu'à sa vacance il soit possible de disposer de ce qui ne l'est pas (vacant), sans que lorsqu'elle l'est, autre que la nation en ait le droit (2) ». L'ordre de succession au trône étant donc une *substitution* réglée par la loi salique, sur quoi se fondent cette substitution et cette loi ? « La loi salique, répond Saint-Simon, règle la succession à la couronne par une disposition que le *consentement de la nation et l'usage de tant de siècles* ont souverainement consacrée ;... la nation qui à faute de mâles saliques a constamment le droit de disposer de la couronne, l'exerce actuellement encore par cette loi salique dont elle a *reçu, adopté, suivi et consacré la disposition* qui par cette *acceptation* devient ainsi la disposition de la nation même (3). » Ainsi, la loi salique, « la loi fondamentale de l'État qui en règle la succession par une disposition consacrée par tant de siècles (4) », cette succession qui « de bien des siècles la plus ancienne du monde dans la même maison, ne peut souffrir de nouveautés (5) », est avant tout un *usage reçu* et non plus un *contrat primitif* : c'est tout autre chose. A l'extinction de la famille régnante, c'est à la nation que revient le *droit d'élire*, mais Saint-Simon ne parle nulle part d'une *cession de sa puissance* (6) : et c'est encore tout autre

(1) *Ibidem*.

(2) P. 150.

(3) *Op. cit.*, p. 162-163.

(4) *Op. cit.*, p. 150. — Cf. p. 121 : « la loi salique, dont l'autorité *a passé* depuis tant de siècles *en force de chose consacrée...* » ; etc.

(5) *Op. cit.*, p. 66.

(6) « La maison royale venant à s'éteindre, il n'y a que Dieu qui ait droit d'en disposer (de la couronne), et la nation elle-même de se donner

chose. Saint-Simon ne s'appuie que sur la tradition ; le *Mémoire des princes du sang* part d'une théorie *a priori*, celle du contrat de sujétion professée par Grotius (1), dont au reste il cite nommément l'autorité. Chose extraordinaire, cette théorie, qui ne reposait sur aucun fondement positif, qui de plus était dangereuse, se trouvait consacrée pour la seconde fois dans un document quasi officiel : qu'on se rappelle le *Traité des droits de la reine* (2). Par contre l'édit de juillet 1717 évite avec soin d'y adhérer : sur ce point, c'est la doctrine de Saint-Simon qu'il adopte : il reconnaît l'inviolabilité des lois fondamentales, le *droit d'élire* en cas d'extinction de la dynastie (3), mais se garde bien de les rattacher à une prétendue cession contractuelle du pouvoir qui aurait eu lieu à l'origine.

D'ailleurs, quand Saint-Simon parle des droits de la *nation*, c'est des droits de la *noblesse* et surtout des *pairs* qu'il s'agit (4) : à ses yeux, la haute noblesse est en quelque sorte représentative de la nation, elle en est la représentation politique naturelle (5). On sait avec quelle intransigeance minutieuse Saint-Simon défendait les prérogatives de son

un roi qu'elle n'a pas même le pouvoir de se désigner d'avance » (*ibid.*, p. 67).

(1) Cf. *infra*, p. 223.

(2) Ci-dessus, p. 189. — Rapprocher l'*Instruction* du 4 janvier 1577, *supra*, p. 105-106.

(3) « Si la nation française éprouvait jamais ce malheur (l'extinction de la dynastie), ce serait à la nation même qu'il appartiendrait de le réparer par la sagesse de son *choix*... etc. » (Isambert, *loc cit.*)

(4) «... Ce droit des droits d'élire à la couronne,... ce droit si distinctif de la noblesse, qu'elle a acheté par tant de conquêtes, cimenté par tant de sang. » (*Mémoire sur les légitimés*, p. 165.) — Cf. p. 167 : « le droit le plus essentiel de la nation, de la noblesse ;... le concours de la nation, de la noblesse » ; etc.

(5) V. le *Mémoire sur la renonciation*, dans les *Écrits inédits*, t. II, p. 198, 320. — Ce travail, composé en 1712, a été utilisé par Saint-Simon dans ses *Mémoires* : v. t. X, p. 360 et s. (éd. Chéruel et Régnier, Paris, 1881-1904, 22 vol. in-16).

ordre, avec quelle opiniâtreté inlassable il lutta toute sa vie pour la reconstitution d'une aristocratie puissante : non par intérêt personnel, puérile vanité ou rancune de mécontent [1], mais parce qu'il considérait la pairie [2] comme un organe constitutif de l'État.

Saint-Simon est traditionaliste, mais il a une thèse historique. Selon lui, la noblesse, la pairie, ont des droits et prérogatives politiques remontant aux origines mêmes de la nation, et qui ne sont si diminués que par les usurpations successives du pouvoir royal. Les assemblées de la première race se sont continuées dans celles de la seconde et dans la *cour* des premiers capétiens ; « que ce soient d'autres noms, que ce soit un plus grand ou un moindre nombre qui compose ces assemblées, elles sont toujours les mêmes : et ceux qui les composent sont toujours plus ou moins puissants et, quelques noms qu'ils portent, les successeurs et pour ainsi dire les mêmes en d'autres hommes que ces premiers chefs et conquérants francs, ensuite inféodés et inféodants ; et toujours le même rapport mutuel du roi à eux et d'eux au roi pour les conseils et pour les sanctions du royaume ; rien sans eux, tout avec eux : lois, partages d'États..., traités avec les voisins, constitutions intérieures... [3] Sans nom ou sous d'autres noms, les pairs de France sont aussi anciens que la monarchie [4]. » La constitution française n'est donc pas despotique ; la monarchie est tempérée, mais tempérée par la haute noblesse ; elle est même partagée : car selon Saint-Simon, ce n'est pas au roi

(1) V. sur ce point l'*Introduction* de M. P. Mesnard en tête des *Projets de gouvernement* de Saint-Simon (Paris, 1860, in 8°), p. LXXII-LXXIII.

(2) Aux pairs, Saint-Simon joint les ducs héréditaires et les officiers de la couronne. V. le *Mémoire sur la renonciation*, p. 272, 275, 286, etc. Mais en « droit étroit », les pairs seuls forment dans l'État un corps politique ayant des droits propres. (*Ibid.*, p. 374.)

(3) *Mémoire sur la renonciation*, p. 205.

(4) *Mém. sur la renon.*, p. 202.

seul qu'appartient le pouvoir législatif, c'est *au roi et aux pairs* (1). Ceux-ci possèdent « le pouvoir législatif et constitutif... avec le roi lorsqu'il y en a un majeur, *et sans lui* lorsque la couronne vaque ou repose sur la tête d'un enfant (2) » ; en cas de vacance, ou de contestation, c'est à eux qu'appartient le droit d'élire ou de juger.

En somme, c'est la monarchie féodale du XIe siècle qui est ici prise pour type le plus pur, pour le type normal de la monarchie française. Nous ne discuterons pas en détail le système historique de Saint-Simon. On remarquera seulement, et c'est ce qui nous importe surtout, qu'il cherche le fondement du droit public dans les réalités historiques, dans les faits, dans la permanence de certains usages : « Il faut remonter à la source de la monarchie, et pour ainsi dire régner avec chaque roi dans le même esprit qui depuis la fondation du royaume a été celui de la nation (3) ». Le « droit légitime » du royaume doit se tirer « de l'esprit uniforme de la nation, de l'établissement de la monarchie, du génie constant du gouvernement, à travers les désordres des temps et

(1) Les hauts barons « étant demeurés par succession les mêmes que ceux qui dès la fondation des choses partageaient la puissance législative et constitutive avec les premiers rois dans les pays dont ils avaient aidé à faire la conquête et à se former en royaume », « tout cela ne marque rien moins que la puissance législative et constitutive entre les mains du roi seulement ». (*Ibid.*, p. 204-205, et *passim*.) — Les pairs sont « les conseillers nécessaires du roi », « ceux qui, par leur pairie, exercent de droit le pouvoir législatif et constitutif pour les grandes sanctions du royaume avec le roi, eux du concours desquels ces sanctions ne pouvaient se passer pour avoir force de loi. » (*Mémoires, loc. cit.*, p. 379, et *passim*.)

(2) *Mém. sur la renon.*, p. 351.

(3) *Mém. sur la renon.*, p. 189. Saint-Simon revient encore, un peu plus loin, sur cet *esprit* qu'il faut savoir dégager : « Le même esprit de la nation, le même genre de gouvernement, la même chaîne non interrompue démontrée depuis Pharamond jusqu'à Charlemagne et dans tous les règnes de la seconde race se continue dans Hugue Capet et dans la troisième race » (*Op. cit.*, p. 204-205).

la légèreté française [1] ». C'est le principe traditionaliste. Mais Saint-Simon a-t-il su l'appliquer avec justesse et clairvoyance ? Est-ce bien dans la pairie qu'il faut voir ce quelque chose de constant qui à travers les âges remplit le rôle de modérateur dans la monarchie française ? Saint-Simon l'a cru. Il a pourtant bien senti qu'il y a eu, par exemple, une « manière de changement des assemblées des champs de mai en d'autres assemblées » ; mais il pense qu'il n'en « résulte point que l'esprit du gouvernement de la nation ait changé, mais bien qu'en se conservant le même, il s'est ployé aux nouveaux besoins particuliers de l'État [2] ». Saint-Simon, remarquons-le, est sur le chemin de la vérité. Mais dominé par cette idée que la pairie, organe essentiel de la monarchie, est aussi ancienne qu'elle, trompé aussi par quelques apparences de fondement que lui fournit l'histoire, il croit trouver une uniformité constante de droits politiques entre les conquérants compagnons de Clovis, les grands vassaux du XIe siècle, et les ducs et pairs du XVIIIe. Il reconnaît bien que, dans ces temps lointains auxquels il fait remonter, *tel quel*, le droit public du royaume, il n'y avait « point de lois précises et point d'usages assez uniformes pour mériter le nom d'irréfragables [3] » ; mais se trouvant dans la nécessité, comme il le dit lui-même, « de faire repasser devant soi l'origine et les divers temps principaux de notre monarchie, ... d'examiner les divers exemples, ... de combiner ces diverses choses et de suppléer par des raisonnements aux clartés et aux précisions qui manquent et qui embarrassent par leurs lacunes [4] », il n'a pas su, en s'engageant dans cette voie, se débarrasser de tout préjugé.

Il se trouve ainsi entraîné à méconnaître les transforma-

(1) *Op. cit.*, p. 350.
(2) *Op. cit.*, p. 210.
(3) *Op. cit.*, p. 189.
(4) *Ibid.*, p. 190.

tions les plus évidentes, les plus consacrées, que le cours des siècles a introduites dans le droit public du royaume. Il concentre dans la cour des pairs, purgée de tout alliage, et dans elle seule, « le pouvoir législatif et constitutif pour faire avec le roi les grandes sanctions du royaume (1) ». Ce « pouvoir législatif et constitutif » des pairs est, pour Saint-Simon, aussi fondamental que la forme monarchique et héréditaire de l'État (2). Aucune autre institution ne l'est vraiment à ses yeux. Les États généraux, dont aucun des trois ordres, pas même la noblesse (3), ne possède ce pouvoir, ne sont qu'un corps de remontrants, créé par les rois, assemblé quand ils veulent, et sans pouvoir propre (4). Le Parlement, corps de légistes et de juges, chargés de juger à la place des pairs les procès devenus trop nombreux des par-

(1) Saint-Simon emploie avec insistance, répète à satiété, cette expression qui contient vraiment sa pensée : V. le *Mém. sur la renon.*, p. 286, 288, etc. *passim*, et les *Mémoires*, t. X, p. 375, 379, etc. Ce « pouvoir législatif et constitutif » a pour objet beaucoup moins la législation courante que les lois politiques, celles qui doivent compléter ou réformer les lois fondamentales elles-mêmes. Le roi et les pairs peuvent légiférer en matière de succession à la couronne, par exemple pour régler la question de la renonciation de Philippe V à la couronne de France, — en matière de régence, etc. (*Mém. sur la renon.*, p. 359 et s., 369, 370, 373, 375...) De telles lois, et l'élection que font les pairs, en cas de vacance, ou leur jugement en cas de contestation, sont ce que Saint-Simon appelle « les grandes sanctions du royaume ».

(2) Il est à remarquer cependant que Saint-Simon n'emploie jamais l'expression de *loi fondamentale* que pour désigner la loi salique.

(3) *Mém. sur la renon.*, p. 274.

(4) *Op. cit.*, p. 185-186, 323 ; — *Mémoires*, t. XI, p. 293-298 ; t. XIII, p. 430 et s. — Saint-Simon les considère comme un expédient de circonstance, un « grand nom », un « simple leurre », bon pour « séduire » la nation dans les temps difficiles. Si, dans ses *Projets de gouvernement* (p. 5) il les considère comme un rouage régulier, une assemblée périodique, c'est une concession qu'il fait aux idées du duc de Bourgogne. — On sait que ces projets sont beaucoup moins ceux du duc de Bourgogne que ceux de Saint-Simon lui-même, malgré l'attribution qu'il lui en fait : v. l'*Introduction* de M. P. Mesnard.

ticuliers, a encore moins le droit d'intervenir dans les affaires de l'État [1]. La cour des pairs est le seul corps politique essentiel, nécessaire, que reconnaisse la constitution. Telle est la thèse de Saint-Simon. Est-elle bien juste ? Est-il bien exact de soutenir que les États généraux d'une part, le Parlement et les cours d'autre part, n'avaient rien retenu des prérogatives politiques des assemblées de la cour du roi d'où ils étaient issus, Saint-Simon lui-même le reconnaît ? Les transformations politiques qui avaient amené à la fois l'introduction du tiers état dans les grands conseils nationaux et l'établissement d'une cour de juges royaux, avaient-elles laissé entières les prérogatives des hauts barons féodaux ? Saint-Simon le croit ; mais peut-être se trompe-t-il. Sa théorie a le même défaut que celle des Parlementaires ; ceux-ci attribuent au moderne Parlement, comme lui à la moderne cour des Pairs, les pouvoirs des grands vassaux du XIe siècle [2].

A la même époque, Boulainvilliers soutenait une thèse assez voisine [3]. Lui aussi va chercher les lois fondamentales

(1) Quelle insistance et quelle amertume ne met-il pas à montrer comment ces légistes, introduits au Parlement des Pairs pour les conseiller, « simples souffleurs, et consultés à pure bonne volonté, et sans parole qu'à l'oreille des juges seigneurs », devinrent, à force d'usurpations favorisées par les circonstances et aussi par le pouvoir royal, « juges eux-mêmes avec eux », et enfin « seuls maîtres du lieu, montèrent aux hauts sièges ». (*Mémoires*, t. X, p. 368 et s., 396, 399 et s. ; *Mémoire sur la renonciation*, p. 207 et s. ; *Mémoire abrégé de l'origine de quelques usurpations du Parlement sur les Pairs de France* (*Écrits inédits*, t. III), p. 369 et s. ; *Réfutation de l'idée du Parlement d'être le premier corps de l'État* (*Ibid.*), p. 399 et s.). Saint-Simon admet pourtant que les édits, ordonnances, etc., doivent être enregistrés par le Parlement ; mais c'est une simple formalité matérielle. (*Mémoires*, t. X, p. 400-403 ; *Projets de gouv.*, p. 10).

(2) Les idées de Saint-Simon restèrent longtemps ignorées : il ne publia rien, et nul ne sut qu'il écrivait. Il ne peut donc être question de son influence.

(3) *Histoire de l'ancien gouvernement de la France*, La Haye, 1727, 3 vol. in-8°. — Boulainvilliers était mort en 1722.

dans les institutions de l'époque franque ; lui aussi fait de la noblesse, descendante et héritière des conquérants, le vrai corps de la nation : mais c'est à la noblesse toute entière (la noblesse ancienne, bien entendu), et non plus seulement à la pairie, qu'il veut qu'on reconnaisse le droit de coopérer au gouvernement de l'État, « la tutelle des rois mineurs, et la concurrence avec le roi majeur [1] ». Il reproche amèrement au pouvoir royal d'avoir introduit le clergé et surtout le tiers état dans les grands conseils du royaume. L'émancipation des serfs, les anoblissements de roturiers, la création de la moderne pairie, — invention destinée à affaiblir l'ancienne noblesse féodale, tous les nobles autrefois étant pairs, — les progrès, les « entreprises » du pouvoir royal au détriment des seigneurs, sont autant d'atteintes aux lois primitives et fondamentales de la monarchie. Quant aux prérogatives politiques que le Parlement, « tribunal commun pour régler les plus petites contestations entre particuliers », a voulu s'attribuer, en abusant de son nom, « il n'y a cœur de gentilhomme qui n'en doive frémir [2] ». Que dire enfin de l'absolutisme royal toujours croissant jusqu'au règne de Louis XIV, à qui Boulainvilliers ne ménage ni la critique, ni la satire, ni même l'injustice ? Tout ce qui a pu le favoriser excite son indignation : il n'est pas jusqu'à l'hérédité de la couronne qu'il n'attaque violemment, parce que « la perpétuité d'une famille dans la possession de la royauté est une occasion nécessaire d'avancer le pouvoir despotique [3] ».

Quelle que soit d'ailleurs son admiration pour les primitives institutions des Francs, qui auraient dû rester fondamentales, Boulainvilliers n'est pas assez aveugle pour

(1) T. II, p. 50.

(2) *Ibid.*, p. 49-50.

(3) *Ibid.*, p. 161-162. Il reconnait cependant que l'hérédité masculine, d'abord « simple usage », « a depuis passé en loi fondamentale et incontestable » (*Ibid.*, p. 173).

méconnaître que le temps amène avec lui d'inévitables changements et que « tous les âges ont leurs avantages particuliers, qui ne passent point aux autres générations (1) ». Il semble donc que, se résignant à la transformation des primitives assemblées des hommes libres, des nobles, des pairs, en assemblée des *deux* ordres, puis des *trois* ordres, il admettrait que les lois fondamentales trouveraient leur application suffisamment exacte dans un régime où le roi partagerait sa puissance avec un « conseil nécessaire », c'est-à-dire avec des États généraux où la noblesse tiendrait la place prépondérante. — J'ai dit *il semble,* car nulle part Boulainvilliers ne ramasse en une formule précise son système politique. C'est pourtant en vue d'éclairer le droit public, « de rappeler, dit-il, nos usages présents à leur véritable origine, de découvrir les principes du droit commun de la nation (2) », qu'il a entrepris son œuvre. Mais il tient assez mal sa promesse : il écrit l'histoire avec plus d'aigreur que de vérité, et, en fait de droit public, se borne à insinuer çà et là ses idées, sans aboutir à des conclusions nettes.

Quoi qu'il en soit, le fond même de son système, qui consiste à rechercher le vrai droit public de la France dans les temps les plus reculés de la monarchie, mérite le même reproche que celui de Saint-Simon ; il repose sur *trop d'histoire,* ou plutôt il abuse de l'histoire, il l'interprète à faux.

(1. T. I, p. 322.
(2) T. I, *Préface.*

II

Les lois fondamentales selon les parlementaires ; — l'*Esprit des lois* : son influence ; — les *Lettres historiques* de Le Paige ; — les *Remontrances* du Parlement.

C'est encore une thèse historique, et des plus douteuses, qui se trouve à la base des théories de la magistrature sur les pouvoirs politiques du Parlement : on a vu comment cette cour, depuis le XVIe siècle, revendiquant la succession des anciens *parlements* de barons et des *placita* de l'époque carolingienne, prétendait jouer dans la monarchie le rôle de contrepoids nécessaire (1). La théorie n'est donc pas nouvelle au XVIIIe siècle : mais elle prend alors un développement qu'elle n'avait encore jamais atteint, et devient matière à de grandes thèses d'ensemble sur les lois fondamentales du royaume. C'est surtout après 1750 qu'elle présente ce caractère : elle se transforme alors sous l'influence des doctrines *a priori* des publicistes et des philosophes ; l'histoire du passé n'est plus appelée en témoignage que pour confirmer des systèmes.

Dans la première partie du siècle, le Parlement ne fait en somme que reprendre la théorie que nous l'avons vu soutenir au temps de la Fronde. Le régent l'ayant « rétabli dans l'ancienne liberté » de présenter des remontrances « avant que d'être obligé de procéder à l'enregistrement des édits et déclarations (2) », il renoue la chaîne de ses traditions brisée par Louis XIV. De nouveau il use et abuse des remontrances (3), de nouveau il prétend exercer un contrôle sur

(1) Cf. ci-dessus, p. 85-86, 164 et s.

(2) *Déclaration* du 15 septembre 1715. (Isambert, t. XXI, p. 40-41).

(3) Le recueil des *Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle*, publiées par Flammermont, forme trois gros volumes in-4° (Paris, 1888-98).

l'administration de l'État, et participer d'une manière effective au pouvoir législatif par le moyen de la *libre* vérification ; et c'est encore sur ce qu'on pourrait appeler sa généalogie politique qu'il appuie cette prétention ; il invoque les anciens usages de la monarchie, les lois fondamentales du royaume (1).

L'*Esprit des lois*, paru en 1748, vint avec sa théorie des pouvoirs intermédiaires, confirmer celle du Parlement. « Les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants, dit Montesquieu, constituent la nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui où un seul règne par des lois fondamentales. J'ai dit les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants : en effet, dans la monarchie, le prince est la source de tout pouvoir politique et civil. Ces lois fondamentales supposent nécessairement des canaux moyens par où coule la puissance : car s'il n'y a dans l'État que la volonté momentanée et capricieuse d'un seul, rien ne peut être fixe, et par conséquent aucune loi fondamentale (2). » Il est vrai que Montesquieu ajoute aussitôt que « le pouvoir intermédiaire subordonné le plus naturel est celui de la noblesse » ; mais il raisonne *in abstracto*, et se montre ici, on doit le reconnaître, bien ingrat envers la magistrature : car il n'est pas douteux que, au moins pour une bonne part, sa théorie des pouvoirs intermédiaires ne lui ait été inspirée par celle que depuis deux siècles les parlementaires avaient soutenue, quand ils faisaient de la cour souveraine le médiateur entre le roi et son peuple, « une espèce de lien nécessaire entre le souverain et ses autres sujets », comme disent

(1) V. par exemple les remontrances du 26 juillet 1718, dans Flammermont, *op. cit.*, t. I, p. 88 et s.

(2) *Esprit des Lois*, liv. II, ch. 4. — Il s'agit ici des lois fondamentales *positives*. Montesquieu parle ailleurs de celles « qui suivent directement de la nature de chaque gouvernement » (monarchique, républicain), et qui sont « les premières lois fondamentales » (*op. cit.*, liv. I, ch. 1).

encore les remontrances du 26 juillet 1718 (1). Aussi le Parlement n'hésita-t-il pas à se reconnaître dans ces *pouvoirs intermédiaires*. Cette application lui était même suggérée par Montesquieu : « Il ne suffit pas, dit-il en effet, qu'il y ait dans une monarchie des rangs intermédiaires ; il faut encore un dépôt de lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites, et les rappellent lorsqu'on les oublie (2). » Le Parlement pouvait à bon droit se croire, en France, le « corps politique » dépôt des lois, exigé par Montesquieu dans toute monarchie bien organisée ; et cumuler cette fonction avec celle de *corps intermédiaire* n'était pas pour l'effrayer. Reprenant donc cette double idée qui lui avait été empruntée, mais revêtue dès lors de l'autorité considérable qu'y attachait le renom de Montesquieu, il en fait la base de toutes les réclamations, de toutes les prétentions qu'il élève à l'encontre du pouvoir royal, jusqu'aux dernières années de l'ancien régime. Dans les interminables remontrances que le Parlement présente au roi à chaque conflit, — véritables traités de droit public, — c'est le principe *a priori* de la nécessité d'un corps intermédiaire, gardien des lois fondamentales et modérateur du pouvoir souverain (au moyen du *libre* enregistrement), qui domine toute l'argumentation ; les faits historiques, habilement choisis et interprétés, viennent confirmer la thèse. L'existence d'un corps intermédiaire, dépôt des lois, est désormais considérée non seulement comme une loi fondamentale particulière au royaume, mais comme une loi fondamentale *essentielle* de toute monarchie. Bien entendu, on ne nomme pas Montesquieu.

Il y a, disent les remontrances du 9 avril 1753, « une économie aussi ancienne que la monarchie », qui y assure

(1) Flammermont, t. I, p. 90.
(2) *Esprit des lois, loc. cit.*

« l'observation d'un ordre invariable » : c'est « cette gradation de pouvoirs intermédiaires qui, dépendant du souverain dont ils émanent, ... forment l'enchaînement de toutes les parties de l'État ; ...dépôts sacrés, où l'autorité souveraine et la confiance des sujets s'unissent intimement ; degrés nécessaires pour établir entre le trône et les peuples cette communication qui... » (etc.) (1).

Vers la même époque, l'avocat Le Paige soutient la même doctrine dans ses célèbres *Lettres historiques* ; voici comment il résume toute sa théorie (2) : « 1° Par la constitution fondamentale de l'État, il est essentiel que nous ayons un roi ; ce roi réunit en sa personne toute la puissance législative et coactive ; il est éminemment le principe et la source de toute la justice, et de toute l'autorité qui sont dans le royaume ; elles ne sont qu'une émanation de son pouvoir, et ceux qui les exercent les tiennent de lui seul. Mais aussi, quelque étendue que soit son autorité, loin d'être injuste ou arbitraire, elle est essentiellement réglée par les lois suprêmes de l'équité et par celles de l'État. — 2° Il est également essentiel à notre gouvernement qu'il y ait une cour du roi, qui, conjointement avec lui, ou séparément, rende la justice au peuple en son nom, et comme tenant de lui seul l'autorité qu'elle a. Elle tient tout du monarque, quoiqu'elle soit aussi essentielle à la monarchie que le monarque lui-même. Elle est le tribunal né avec lui, pour rendre la justice avec lui ou à sa décharge ; ... » ses membres sont les « coopérateurs et conseils nés du monarque, auxquels par la loi fondamentale de la monarchie son autorité doit être communiquée. — 3° Il est encore de l'essence de notre monarchie qu'il y ait toujours un tribunal qui, successeur des anciens Parlements

(1) Flammermont, *Remontrances...*, t. I, p. 568-569.

(2) *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des Pairs, et sur les lois fondamentales du royaume* ; sans nom d'auteur, Amsterdam, 1753-54, 2 vol. in-12 ; t. I, p. 150-153.

généraux, et les représentant [1],... soit le dépositaire et le conservateur des lois et des maximes de l'État; qui examine et qui promulgue légitimement et librement toutes les lois nouvelles; qui donne au monarque les avis importants au bien de son service, et à celui de la patrie; qui lui résiste même, s'il le faut, plutôt que de trahir des intérêts si chers... » Le Parlement est à la fois « ce tribunal auguste et cour du roi [2] ».

En d'autres termes, les parlementaires posent en lois fondamentales : 1° L'existence du Parlement comme corps judiciaire, et l'impossibilité de son remplacement dans cette fonction par aucun autre corps, soit ancien, soit nouvellement créé [3] ; l'interdiction pour le roi de prononcer de lui-même une condamnation [4]; l'illégalité des évocations [5]. — 2° L'existence du Parlement comme corps intermédiaire, dépositaire et gardien des *lois du royaume*, médiateur entre le prince et son peuple, et l'impossibilité de son remplacement dans cette fonction par aucun autre corps, soit ancien, soit nouvellement créé [6]. — 3° La *libre* vérification,

(1) « Les États généraux qui ont commencé sous Philippe le Bel ne sont point les anciens Parlements ; ils n'en sont qu'une copie imparfaite. L'autorité et les fonctions de ces anciennes assemblées sont tellement demeurées réunies dans le Parlement, que loin de cesser de les exercer, pendant la tenue des États, il les exerce sur les États eux-mêmes ; il réprime par ses arrêts ce qui s'y peut passer de contraire aux lois du royaume. » (*Ibid.*, p. 142, note.)

(2) Ces deux corps étaient distincts, selon Le Paige, dans les premiers temps de la monarchie.

(3) *Lettres historiques*..., t. I, p. 10-11, 109-110, 245, etc. ; t. II, p. 116, etc. — *Remontrances*, t. II, p. 22 et s. (27 nov. 1755); p. 95-100 (11 mars 1756), etc. ; p. 145 (22 août 1756); p. 714 et s. (5 juin 1767); etc.

(4) Mêmes références. — Cf. l'*Esprit des lois*, liv. VI, ch. 5, et liv. XI, ch. 6.

(5) *Remontrances*, t. I, p. 232 et s. (9 janv. 1731); p. 243-244 (25 juillet 1731); p. 513-514 (25 janvier 1753); p. 569 et s. (9 avril 1753); t. II, p. 22 et s. (27 nov. 1755); etc.

(6) *Remontrances*, t. I, p. 90, 95, 101 (26 juill. 1718) ; p. 513 (25 janv.

par le Parlement et non par un autre corps, des édits, ordonnances, etc., c'est-à-dire le droit de les refuser ou de les modifier [1]. — 4° L'inamovibilité des membres du Parlement [2]. — 5° L'unité des divers Parlements, considérés comme un seul corps divisé en plusieurs *classes* [3].

Ces lois fondamentales sont d'ailleurs, aux yeux de la magistrature, des « maximes nées avec la monarchie et aussi anciennes qu'elle ». Cette expression, ou d'autres équivalentes, reviennent constamment dans les *Lettres historiques* [4] ou dans les remontrances [5]. Ainsi, quoique avec une idée

1753 ; p. 528, 568 (9 avril 1753) ; t. II, p. 22 et s. (27 nov. 1755) ; p. 136-139 (22 août 1756) ; p. 430, 433-434 (18 janv. 1764) ; etc.

(1) *Lettres historiques*, t. I, p. 11-12, 85-93, 300, 309, 317, etc. ; — *Remontrances*, t. I, p. 466, 468 (16 août 1751) ; t. II, p. 31-35, 69, etc. (27 nov. 1755) ; p. 254 (18 sept. 1759) ; p. 274-275 (20 janv. 1760) ; p. 342-347 (24 juin 1763) ; p. 417 (26 déc. 1763) ; etc.

(2) *Remontrances*, t. II, p. 137 et s. (22 août 1756); p. 180-181 (4 avril 1759) ; p. 535-538 (2 fév. 1766) ; etc.

(3) *Remontrances*, t. II, p. 189-190, 195-196 (mai et juillet 1759) ; etc. Cf. Glasson, *Le Parlement de Paris*, t. II, p. 226, 292, etc.

(4) « Cette loi (celle de la liberté des suffrages dans l'approbation des édits nouveaux), aussi ancienne que la monarchie, et qui y subsistait déjà il y a plus de 1600 ans, nous donne une idée de ce qu'on doit entendre par ce qu'on appelle *loi fondamentale du royaume* » (t. I, p. 19 ; cf. p. 22). « Les principes les plus précieux de notre droit public remontent jusqu'à ce premier âge, et c'est de là qu'ils sont venus de main en main jusqu'à nous, par une tradition que les rois et les peuples ont toujours également respectée ; et ce qu'on ne saurait trop remarquer, c'est cette vénération seule, qui a fait depuis 1600 ans, et qui fait encore aujourd'hui leur sûreté commune » (t. I, p. 30-32 ; cf. p. 55, etc. ; et t. II, p. 15 (note), etc.).

(5) « Il y a des lois aussi anciennes que la monarchie, qui sont fixes et invariables, dont le dépôt vous a été transmis avec la couronne » (26 juill. 1718 ; Flammermont, t. I, p. 95). — « Il y a treize cents ans que la monarchie subsiste, il y a treize cents ans que votre Parlement, sous quelque dénomination qu'il ait été connu,... exerce les mêmes fonctions dans l'État... Il est né avec l'empire des Français, pour être une branche de la forme essentielle du gouvernement » (27 nov. 1755, t. II, p. 26). — « ... La coopération, aussi ancienne que la monarchie, de tous les grands du royaume et de tous les ministres essentiels des lois à la confection et à la promulgation des lois nouvelles » (24 juin 1763 ; t. II, p. 346). — « La néces-

préconçue des pouvoirs intermédiaires et une thèse historique contestable, les théoriciens de cette école considèrent encore les lois fondamentales comme essentiellement *traditionnelles*. Disciples de Montesquieu, ils s'attachent plus aux qualités et aux effets des lois fondamentales qu'à leur origine première. Ils considèrent la *fixité* absolue comme leur caractère essentiel, — ils vont même jusqu'à déformer l'histoire pour la faire cadrer avec le principe ; quant aux origines, ils s'en inquiètent peu. Ils n'invoquent pas le *contrat social* ou les clauses du *pacte* primitif par lequel les sujets se seraient soumis au roi. Tout au moins, s'ils ont sur ce sujet quelque arrière-pensée, ils ne l'expriment jamais [1].

Tel qu'il est, cependant, leur système n'en porte pas moins de rudes coups à la puissance royale. Il aboutit, qu'ils le veuillent ou non, à un véritable *partage* de la souveraineté, en contradiction avec le principe monarchique qu'ils affectent si fort de mettre au-dessus de toute discussion. Si en effet le Parlement a le droit de rendre inexistants ou de modifier à son gré les édits, ordonnances, déclarations, etc., émanés du prince, s'il peut ainsi opposer un *veto* infranchissable à tous les actes législatifs ou administratifs du pouvoir royal, celui-ci n'a évidemment plus que le droit de *proposer*, le Parlement ayant celui de *décider* [2]. Les théoriciens comme les magistrats auteurs des *remontrances*, basent les prétendus droits du Parlement sur une primitive attribution qui lui en

sité de la vérification de toutes les lois au Parlement est une tradition immémoriale reconnue d'âge en âge par tous nos souverains » (26 déc. 1763 ; t. II, p. 417). — « C'est la force de ces lois, aussi anciennes que la monarchie, écrites dans le cœur des Français... » (18 janv. 1764 ; t. II, p. 432) ; etc.

(1) Cf. cependant l'*Esprit des lois*, liv. I, ch. 3 ; et *infra*, p. 236.

(2) Cf. la réponse du roi au Parlement dans la séance du 3 mars 1766, et le discours du chancelier au lit de justice du 7 décembre 1770 (Flammermont, *Remontrances*..., t. II, p. 557-558, et t. III, p. 163-165).

aurait été faite lors de la fondation de l'État. Par qui ? — La pensée reste vague. Le Parlement, « inséparable de la monarchie », dit Le Paige, « tient également son être *des fondateurs mêmes* de l'État, ainsi que des rois ; ... comme successeur des parlements généraux, il tient tout à la fois ses fonctions *et des fondateurs de la monarchie,* et des monarques eux-mêmes (1) ». Au fond, les parlementaires traitent le droit et les traditions politiques de la France à peu près à la manière d'Hotman : leur conception des *lois du royaume* suppose chez les Francs une sorte de république, de « démocratie tempérée par le pouvoir du prince (2) », dont les principes fondamentaux seraient restés ceux de la monarchie française (3).

Cette *république des Francs* a hanté presque tous les publicistes du XVIIIe siècle, depuis Boulainvilliers, — qui en tire de tout autres conclusions que la magistrature, — jusqu'à Mlle de Lézardière qui, à la fin du siècle, amasse une énorme documentation pour prouver que la constitution française, depuis Clovis, a toujours été un régime parlementaire aux contrepoids savamment équilibrés (4). Certains découvrent même à son origine un *contrat social* ; les plus modérés trouvent au moins dans la transformation de cette république en monarchie, un *contrat de sujétion* dont ils croient pouvoir déterminer les clauses : on verra jusqu'où peut aller leur fantaisie. La magistrature se compromet moins. Jusqu'à la fin de l'ancien régime elle reste fidèle à sa vieille théorie, fortifiée et systématisée depuis l'*Esprit des lois.* Elle est phi-

(1) *Lettres historiques,* t. Ier, p. 152-153.

(2) Cette expression est de Mably : *Observations sur l'histoire de France,* Genève, 1765, 2 vol. in-12. t. I, p. 7.

(3) Il n'est pas possible, dit le Parlement en parlant de lui-même, d' « enlever à la nation un tribunal coexistant avec elle, qui a la filiation, la représentation et les prérogatives de ces tribunaux primordiaux, dont la nation même faisait la composition » (*Remontr.* du 8 janv. 1775 ; t. III, p. 258).

(4) Cf. *infra,* § IV.

losophe à la manière de Montesquieu, mais non pas à la manière de Rousseau.

III

Théoriciens *a priori*; leurs devanciers, Suarez, Navarre, etc.; — Grotius, Puffendorf, Wolf, Burlamaqui, etc.; — Jurieu, Locke, Sidney, Vattel, Rousseau; l'*Encyclopédie*.

La politique du *droit naturel*, c'est-à-dire fondée sur la raison *a priori*, dont on a fait honneur au XVIIIe siècle, n'était cependant pas une nouveauté. Elle remonte, pour ses traits principaux, à la scolastique du moyen âge, en passant par les théories politiques des protestants aux XVIe et XVIIe siècles (1).

La théorie des lois fondamentales *selon la raison naturelle*, — et il ne s'agit pas ici des lois fondamentales essentielles ou générales, mais des lois fondamentales particulières à chaque peuple, — repose sur les quelques propositions suivantes : 1° Le sujet en qui la souveraineté réside primitivement et de droit naturel est le corps du peuple, antérieur à tout souverain constitué. — 2° La souveraineté ne réside donc actuellement dans un ou dans plusieurs que par la cession de cette souveraineté ou seulement de son exercice, faite librement par le peuple. — 3° Cette cession, de quelque manière qu'on la conçoive, peut comporter certaines clauses restrictives, garanties, conditions, terme : ces clauses sont précisément ce qu'on appelle *lois fondamentales*. Les lois fondamentales peuvent donc se définir, dans cette théorie, les clauses du contrat, ou les dispositions de l'acte législatif, par lequel le peuple a confié la souveraineté ou seulement l'exercice de la souveraineté à une ou plusieurs personnes. Cette formule

(1) Cf. *supra*, p. 33-35, 45-47, 92 n. 1, 103-104, 139-141.

très large englobe des théories d'ailleurs bien différentes, mais qui toutes s'accordent à considérer l'établissement des lois fondamentales comme un acte libre de la volonté nationale.

Si maintenant, de cette idée générale qui leur est commune, on veut descendre à quelque chose de plus précis, les divergences apparaissent. Pour les uns, les lois fondamentales seraient les clauses d'un *contrat* par lequel le peuple confierait au prince ses pouvoirs ; pour les autres, les lois fondamentales, comme l'établissement du souverain, résulteraient d'un *acte législatif*, qui pourrait être abrogé ou modifié par un autre acte législatif, le peuple conservant toujours, pour cet objet, son souverain pouvoir. Dans la théorie du contrat elle-même, il y a des nuances : les uns conçoivent ce pacte comme une véritable *aliénation* de la souveraineté (réserve faite, bien entendu, des droits naturels des sujets), et ainsi les lois fondamentales, une fois stipulées, ne peuvent être modifiées ; pour les autres, il est une sorte de *mandat*, et, le mandat étant révocable de sa nature, les lois fondamentales peuvent être changées ; cette dernière théorie se rapproche de celle qui trouve leur origine dans un acte législatif du peuple. Enfin, qu'il y ait aliénation, mandat, ou acte législatif, les uns admettent que le peuple peut donner au souverain constitué un pouvoir absolu, et les autres le nient ; mais tous s'accordent généralement à concevoir les lois fondamentales comme la caractéristique essentielle de la monarchie *limitée*.

Prise dans son ensemble, cette doctrine, on l'a déjà vu, remonte à l'enseignement des docteurs scolastiques (1). Sans

(1) Nous n'avons pas à aborder ici la question de l'origine première de la société et du pouvoir. Les docteurs catholiques enseignent que l'état de société, et par suite la souveraineté nécessaire à la conservation de la société, sont voulues par la loi naturelle : la souveraineté vient donc de Dieu « *ut ab auctore naturæ* ». Les publicistes modernes, Grotius,

revenir sur ce qui a été dit plus haut, citons deux célèbres auteurs du XVIe siècle, dont le premier représente assez bien la tendance *absolutiste*, et le second la tendance *libérale* : Suarez et Navarre. — Le peuple, dit Suarez, peut aliéner son droit de souveraineté (1), par un contrat ou quasi-contrat intervenant entre lui et le prince. Cette aliénation peut être soit pure et simple, soit limitée par certaines stipulations (2) : de là vient la diversité des constitutions politiques. Dans l'un comme dans l'autre cas, ce contrat doit être fidèlement exécuté : si le peuple a transmis tout son pouvoir, sans réserve, il ne peut plus le reprendre (3), pas même en partie,

Puffendorf, Wolf, Noodt, Burlamaqui, Vattel, etc., opposent l'état de société à l'état de nature, et pensent que la société résulte d'un contrat librement consenti par les intéressés : c'est la thèse du *contrat social*, que Rousseau reprendra à son tour. Ici, la souveraineté n'est autre chose que la résultante de toutes les forces des associés mises en commun. Dans l'une comme dans l'autre théorie, la société étant formée, c'est le peuple en corps qui est le souverain primitif et naturel. A partir de là, les deux doctrines sont semblables : la *divinité* de l'origine première de la souveraineté, dans la théorie scolastique, ne doit logiquement influer en rien sur les rapports du peuple et du souverain.

(1) « Tertio addo, licet hæc potestas sit veluti proprietas naturalis perfectæ communitatis hominum, ut talis est : nihilominus non esse in ea immutabiliter, sed per consensum ipsiusmet communitatis... posse in alium transferri... Libertas a servitute proprietas est naturalis hominis,... et nihilominus per propriam voluntatem potest se homo illa privare... Simili modo communitas humana perfecta, licet ex natura rei libera sit... » etc. (*De legibus*, lib. III, cap. 3, § 7. — Même comparaison dans *Defensio fidei...*, lib. III, cap. 2, § 17, et cap. 3, § 2 ; v. ce dernier texte ci-dessous, n. 3. — Je renvoie à l'édition de Venise, in-f°, tomes V et XXI, 1740-49).

(2) « Nec sufficit designatio personæ, neque est separabilis a donatione vel contractu, aut quasi contractu humano, ut habeat effectum conferendi potestatem... Et hinc oritur... ut hæc regia potestas non sit equalis in omnibus regibus, neque cum eisdem proprietatibus durationis, perpetuitatis, aut successionis, et similibus. » (*Defensio fidei...*, lib. III, cap. 2, § 17 et 18). — « ... Juxta pactum, vel conventionem factam inter regnum et regem, ejus potestas major vel minor existit. » (*De legibus*, lib. III, cap. 4, § 5.)

(3) « Nam postquam populus suam potestatem in regem transtulit, non

sous forme de limitations du pouvoir du prince postérieures à ce transfert ; s'il a stipulé certaines réserves, elles doivent avoir leur effet, mais ne peuvent être étendues au-delà des termes du contrat. Si de son côté le prince contrevient aux clauses stipulées, le peuple peut appliquer les sanctions prévues au contrat (1). Dans tous les cas, y compris celui d'une soumission pure et simple, le peuple conserve toujours le droit naturel de légitime défense contre la *tyrannie*, car c'est un droit dont il ne peut se dépouiller (2) : mais il faut bien remarquer qu'il ne s'agit que du cas de légitime défense (3).

Navarre n'admet pas que le peuple puisse transférer au prince tout son pouvoir, purement et simplement, en pro-

potest juste eadem potestate fretus suo arbitrio, seu quoties voluerit, se in libertatem vendicare. Nam si potestatem suam regi concessit, quam ille acceptavit, eo ipso rex dominium acquisivit ; ergo quamvis rex habuerit a populo illud dominium per donationem vel contractum, non ideo licebit populo dominium illud regis auferre, nec libertatem suam iterum usurpare. Sicut particularis persona, quæ suæ libertati renunciayit, et se in servum vendidit, aut donavit, non potest postea suo arbitrio se a servitute eximere. Idem ergo est de persona ficta, seu communitate, postquam se alicui principi plene subjecit. Item postquam suam potestatem regi contulit, jam se illa privavit... » etc. (*Defensio fidei...*, lib. III, cap. 3, § 2.)

(1) « In certis casibus. Qui casus intelligendi sunt, vel juxta conditiones prioris contractus vel juxta exigentiam naturalis justitiæ, nam pacta et conventa justa servanda sunt. Et ideo si populus transtulit potestatem in regem, reservando eam sibi pro aliquibus gravioribus causis, aut negotiis, in eis licite poterit uti, et jus suum conservare. Oportebit autem, ut de tali jure, vel antiquis et certis instrumentis, vel immemorabili consuetudine sufficienter constet... Atque eadem ratione non licet populo semel subjecto potestatem regis magis restringere quam in prima translatione seu conventione restricta fuit, quia id non permittit lex illa justitiæ, quæ docet legitima pacta servanda esse, et donationem absolutam semel valide factam revocari non posse, neque in totum, neque ex parte, et maxime quando onerosa fuit. » (*Ibidem*, § 3 et 4.)

(2) « Si rex justam suam potestatem in tyrannidem verteret,... posset populus naturali potestate ad se defendendum uti ; hac enim nunquam se privavit. » (*Ibidem*, § 3.)

(3) «... Solum per modum defensionis necessariæ ad conservationem suam. » (*Op. cit.*, lib. VI, cap 4, § 15.)

priété et en exercice. « Nulle communauté, dit-il, ne peut se dépouiller si complètement de cette juridiction à elle accordée par la loi de nature, que dans aucun cas elle ne puisse la reprendre. ... La *loi royale* des Romains porte que le peuple a *concédé*, mais non pas *transféré* son pouvoir à l'empereur (1) ... Le peuple, en cédant aux rois l'usage et l'exercice de la juridiction qui lui appartient naturellement, en conserve cependant le principe, la racine (*habitum illius et radicem*), et ainsi la juridiction quant à l'usage même peut retourner facilement à son premier état (2). » Le peuple reste donc toujours maître de ses destinées. C'est ce qu'enseignent formellement Major et Almain (3).

Grotius connaissait-il les traités de Suarez et s'en est-il inspiré ? Toujours est-il que, dans son *De jure belli ac pacis*, paru en 1625, et traduit en français, d'abord par Antoine de Courtin en 1687, puis par Barbeyrac, lui aussi considère la constitution politique d'un peuple (sauf dans les états démocratiques) comme le résultat d'un contrat, par lequel ce peuple a *aliéné* son pouvoir, soit sans réserve (4), soit sous

(1) « ... Concessisse jurisdictionem Imperatori, et non in eum transtulisse ». Cf. le texte des Institutes, *supra*, p. 20, n. 2. L'interprétation de Navarre est pour le moins douteuse.

(2) *Relectio cap. nov. de judic.*, *Notabile tertium*, § 119, 121 ; *Opera*, Lyon, 1589, in-f°, t. II, p. 145. — Cf. *ibid.*, § 120 : « Non obstat, quod multi populi videntur carere omnino jurisdictione,... quia non carent omnino jurisdictione, sed ejus usu : habent enim illam, saltem *in habitu*, licet careant *actu* ».

(3) V. *supra*, p. 92, n. 1.

(4) « Il faut rejeter l'opinion de ceux qui prétendent que la puissance souveraine appartient toujours et sans exception au peuple, en sorte qu'il ait droit de réprimer et punir les rois, toutes les fois qu'ils abusent de leur autorité... Il est permis à chaque homme en particulier de se rendre esclave de qui il veut ;... pourquoi donc un peuple libre ne pourrait-il pas se soumettre à une ou plusieurs personnes, en sorte qu'il leur transférât entièrement le droit de gouverner, sans s'en réserver aucune partie ? » (Liv. 1, ch. 3, § 8, trad. Barbeyrac). — Il faut ajouter que, si Grotius admet une telle *aliénation*, il considère la souveraineté, une fois

certaines restrictions. « Lorsqu'en établissant un roi, on a stipulé expressément qu'au cas qu'il arrivât telle ou telle chose on pourrait lui résister, encore même que cette clause n'emporte aucun partage de la souveraineté, on se réserve du moins par là quelque partie de la liberté naturelle, et une liberté indépendante de l'autorité royale. Or, rien n'empêche que chacun, en aliénant ses droits en faveur d'autrui, ne le fasse sous telle restriction que bon lui semble (1). » Et il ne s'agit pas ici « de l'observation du droit naturel et du droit divin, ou même du droit des gens, à quoi tous les princes sont obligés encore qu'ils n'aient rien promis expressément là-dessus : mais de l'observation de certaines règles, qui concernent des choses auxquelles ils ne seraient tenus en aucune façon, sans l'engagement où ils entrent par leur promesse (2). » Si le prince contrevient à ses engagements, quelle sera la sanction ? Sur ce point Grotius montre quelque timidité à accepter les conséquences de sa théorie : l'acte excessif est nul, dit-il, mais « il n'est pas annulé par une autorité supérieure, il est nul en lui-même et par le droit (3) ». Cependant, il peut arriver que le peuple exige du prince « des promesses accompagnées de cette clause, que s'il vient à violer ses engagements, il sera déchu de la couronne » : dans ce cas, « la condition apposée... fait à peu près de sa souveraineté une souveraineté à temps (4) » : c'est ce que Grotius et ses disciples appellent la *clause commissoire*.

Puffendorf, dans son traité *Du droit de la nature et des*

transférée au prince, comme *inaliénable* entre ses mains, à moins de clause contraire bien formelle : « Je conviens, dit-il, qu'on ne doit pas présumer que le peuple ait voulu laisser au roi la permission d'aliéner la souveraineté » (*Ibid.*, § 13).

(1) Liv. I, ch. 4, § 14.

(2) Liv. I, ch. 3, § 16.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibidem.*

gens (1672), Wolf, dans son *Jus naturæ* (1740-48), suivent la doctrine de Grotius en la développant. Burlamaqui, dans ses *Principes du droit politique* (1751), suit Puffendorf, mais avec une tendance bien plus libérale. Tous deux, distinguant la monarchie *absolue* et la monarchie *limitée*, définissent la première, celle où « le prince gouverne comme il le juge à propos [1] », pour le plus grand bien du peuple, sans être soumis à aucune loi *humaine*, — étant d'ailleurs bien entendu qu'il reste « soumis aux lois divines, tant naturelles que révélées [2] » ; — et la seconde, celle où le prince « est astreint à suivre certaines règles » en vertu du contrat qui lui a transféré le pouvoir, le peuple ayant « jugé à propos de mettre des bornes à ce pouvoir et de lui prescrire la manière dont il doit gouverner [3] ». « Quoique, dit Burlamaqui, le pouvoir absolu, considéré en lui-même, ... n'ait rien d'odieux et d'illégitime, et que les peuples puissent l'accorder sur ce pied-là au souverain,... la plupart des peuples et les plus sages » ont préféré « mettre des bornes au pouvoir de leurs souverains, et leur prescrire la manière dont ils doivent gouverner ; c'est ce qui produit la souveraineté limitée... Ces règlements qui restreignent l'autorité souveraine, qui lui donnent des bornes, sont appelés *lois fondamentales de l'État* [4]. » Burlamaqui fait remarquer, après Puffendorf [5] (qu'il copie ici presque textuellement), « qu'il y a une espèce de loi fondamen-

(1) Puffendorf, *De jure naturæ et gentium*, lib. VII, cap. 6, § 7 ; trad. Barbeyrac. La première édition de cette traduction parut en 1706 ; nombreuses éditions postérieures.

(2) *Ibid.*, § 3.

(3) *Ibid.*, § 7 et 9. — Burlamaqui, *Principes du droit politique*, 1re part., ch. 7, § 15. — Cf. Wolf, *Jus naturæ*, t. VIII (Hale, 1748, in-4°), cap. I, § 66, 74 à 77, 91.

(4) Burlamaqui, *loc. cit.*, § 27 et suiv.

(5) Puffendorf, *op. cit.*, liv. VII, ch. 6, § 10 : « Toutes les promesses des rois... n'emportent pas une limitation de leur autorité... » etc. — Cf. Wolf, *loc. cit.*, § 126.

tale de droit et de nécessité essentielle à tous les gouvernements, même dans les États où la souveraineté est la plus absolue ; et cette loi est celle du bien public, dont le souverain ne peut jamais s'écarter, sans manquer à son devoir ; mais cela ne suffit pas pour rendre la souveraineté limitée. Ainsi les promesses, ou expresses ou tacites, par lesquelles les rois s'engagent même avec serment, quand ils parviennent à la couronne, de gouverner selon les lois de la justice et de l'équité, de veiller au bien public, de n'opprimer personne, de protéger les bons, de punir les méchants et autres choses semblables, n'apportent aucune limitation à leur autorité, et ne diminuent rien du pouvoir absolu : le choix des moyens, pour procurer l'avantage de l'État, et la manière de les mettre en usage, sont laissés au jugement et à la disposition du souverain (1). » Au contraire, dans les monarchies limitées, « les lois fondamentales de l'État... sont non seulement des ordonnances par lesquelles le corps entier de la nation détermine quelle doit être la forme du gouvernement, et comment on succèdera à la couronne : mais encore ce sont des conventions entre le peuple et celui ou ceux à qui il défère la souveraineté, qui règlent la manière dont on doit gouverner, et par lesquelles on met des bornes à l'autorité souveraine. Ces règlements sont appelés des lois fondamentales, parce qu'elles sont comme la base et le fondement de l'État, sur lesquels l'édifice du gouvernement est élevé, et que les peuples les considèrent comme ce qui en fait toute la force et la sûreté... Les lois fondamentales proprement ainsi nommées, ne sont que des précautions plus particulières que prennent les peuples pour obliger plus fortement les souverains à user de leur autorité conformément à la règle générale du bien public... Ce n'est que d'une manière impropre et abusive qu'on leur donne le nom de lois ; car, à

(1) Burlamaqui, *loc. cit.*, § 39-40.

proprement parler, ce sont de *véritables conventions* ; mais ces conventions étant obligatoires entre les parties contractantes, elles ont la force des lois mêmes (1). » — Fleischer (2), Gribner (3), conçoivent aussi les lois fondamentales comme un contrat.

Les théoriciens de cette école ajoutent que pour assurer l'exécution des clauses stipulées, le peuple fera bien « d'établir une assemblée d'un certain nombre de gens, sans le consentement desquels le roi ne puisse rien faire en matière des choses dont on ne veut pas le laisser absolument le maître ; ou bien d'obliger le roi de convoquer lui-même une assemblée générale... lorsqu'il s'agit de pourvoir à ces sortes de choses (4) ». Puffendorf estime que, si cette précaution n'a pas été prise, les clauses particulières stipulées comme lois fondamentales « lient seulement la conscience du prince », en sorte que « s'il passe sans nécessité les bornes qu'on lui a prescrites, il viole certainement sa parole royale », mais « les sujets ne sont pas pour cela en droit de lui refuser leur obéissance ou d'annuler les actes qu'il a faits au-delà de son pouvoir (5) ». Wolf partage cette opinion (6). Burlama-

(1) *Ibidem*, § 36, 37, 38, 41. — Wolf, *loc. cit.*, § 122-128, fait une distinction entre les lois fondamentales et les pactes ou capitulations.

(2) Fleischer, *Institutiones juris naturæ et gentium* (Leipzig, 1741, in-8°), lib. III, cap. 17, § 8 : « Monarchia limitata vocatur, quando summa potestas certis pactis seu legibus fundamentalibus restricta est, ita ut princeps usum jurium majestaticorum secundum illas leges exercere debeat. Competere hoc jus subditis in regno deferendo nemo ambigere potest : et hæ leges communiter quoque vocantur capitulationes. »

(3) Gribner, *Principia jurisprudentiæ naturalis* (Vitemberg, 1748, in-8° ; 4e édit.), lib. II, cap. 8, § 1 et 2 : « ... Nihil prohibet quominus sub certis legibus et conditionibus rex constituatur. Regnum ergo limitatum est, ubi potestas principis circa jura majestatica non omni ex parte est libera. Hæc restrictio potestatis summæ fit pacto populi cum imperante. Inde capitulationes et leges fundamentales... » etc.

(4) Puffendorf, *op. cit.*, liv. VII, ch. 6, § 10.

(5) Puffendorf, *ibidem*.

(6) Wolf, *Jus naturæ*, t. VIII, cap. I, § 81 : « Si populus saltem exprimit

qui [1], moins timide et plus logique, pense que la simple stipulation a pour sanction la nullité ; « en sorte que tout ce que ferait le roi au contraire de l'engagement formel où il est entré, serait nul et de nulle force ». Les autres précautions ne sont prises que « pour une plus grande sûreté ». Dans une circonstance extraordinaire, dans un pressant besoin, le prince ne pourrait-il pas cependant enfreindre légitimement les règles limitatives qui lui ont été imposées ? Burlamaqui le nie absolument : « Le prince, dit-il, ne saurait le faire de son chef,... mais il devrait, dans ces circonstances, consulter le peuple lui-même, ou ses représentants. Autrement, sous prétexte de quelque nécessité, ou de quelque utilité, le souverain pourrait aisément éluder sa parole, et anéantir l'effet des précautions que la nation a prises pour restreindre son pouvoir [2]. » Wolf, au contraire, pense que dans toutes les lois fondamentales il faut admettre une exception tacite pour les cas de nécessité publique [3].

En s'avançant ainsi davantage dans la voie des « précautions » et des « sûretés », Burlamaqui se rapproche beaucoup des théoriciens qui, rejetant la possibilité d'une véritable *cession* de la souveraineté [4], admettent seulement une sorte

voluntatem suam de nonnullis, quæ rector civitatis facere, aut non facere debeat, non vero expresse declarat se ejus judicio stare nolle, si secus fecerit, aut concilium constituit, sine cujus consensu nihil eorum decernere valeat, nullum sibi jus in actus rectoris reservat... Nuda declaratione voluntatis suæ de modo administrandi imperii non videtur populus aliud egisse, quam ut interne obligaret rectorem ad imperium ita exercendum. »

(1) Burlamaqui, *loc. cit.*, § 42.

(2) *Ibidem.*

(3) Wolf, *loc. cit.*, § 120 : « Tacita iis inest exceptio, nisi salus publica aliter exigat. »

(4) Burlamaqui admet une telle cession ; et il rejette comme « absurde et dangereuse », la distinction que font quelques politiques d'une *souveraineté réelle*, qui réside toujours dans le peuple, et d'une *souveraineté actuelle*, qui appartient au roi » (*op. cit.*, part. I, ch. 7, n°s 12-14) : distinction qui équivaut à celle de l'*habitus* et de l'*actus*.

de mandat, contractuel ou légal, par lequel le peuple confie au souverain l'*exercice* de son droit. Les lois fondamentales ne sont plus qu'une sorte de règlement que la nation peut toujours changer. A cette école, qui est celle de Major, d'Almain, de Navarre, appartiennent, au XVI[e] siècle, les ligueurs les plus *avancés* ; les protestants (avant 1585) soutiennent la même doctrine (1). On la retrouve, assez mitigée d'ailleurs, au XVII[e], chez le ministre Jurieu. « Le peuple, dit-il, fait les souverains et donne la souveraineté. Donc le peuple possède la souveraineté *et la possède dans un degré plus éminent*... C'est la souveraineté du peuple qui est exercée par le souverain. Il y a un pacte mutuel entre le peuple et le souverain. Car il est contre la raison de concevoir qu'un peuple se livre, absolument, sans traité et sans condition, à un seul homme, sans mettre sa vie, ses biens et le public en sûreté par des lois. Cela ne s'est jamais fait et même cela ne se peut faire ; ... un tel traité serait nul parce qu'il serait contre les lois de la nature (2). » Jurieu admet donc une certaine réciprocité d'engagements entre le prince et le peuple, puisqu'il parle d'un pacte *mutuel* (3) : ce qui

(1) V. *supra*, p. 103-104 et 139-141. — On rencontre aussi chez les protestants, aux XVI[e] et XVII[e] siècles, des partisans de l'absolutisme et du droit divin le plus outrés : v. Lacour-Gayet, *L'éducation politique de Louis XIV*, p. 340-343.

(2) *Lettres pastorales adressées aux fidèles de France qui gémissent sous la captivité de Babylone*, Rotterdam, s. d., t. III (1689), in-12, 16[e] lettre, p. 367-368, 370. — Cf. 18[e] lettre, p. 416 : « La souveraineté appartient radicalement et originalement au peuple. Il la donne comme bon lui semble, ou entière et sans réserve, ou avec des réserves et des privilèges qu'il retient pour borner la puissance de ses rois... » etc.

(3) La pensée de Jurieu manque d'ailleurs de netteté : il confond, on vient de le voir, *pacte* et *lois*. Un peu plus haut, il semblait adopter la doctrine de Grotius, et admettre une aliénation véritable : « Si les peuples ont revêtu les souverains de leur puissance, ils doivent obéir ; car le *don* fait un très juste titre : quand on a donné un bien à un homme, il en peut user comme du sien ; les peuples s'étant dépouillés du droit de commander, il ne leur reste plus en partage que l'obéissance, et les souverains peuvent

semble impliquer que tant que le prince exerce la souveraineté conformément aux clauses de ce pacte, le peuple n'a pas le droit de se dédire et de les modifier. Mais qui jugera si le prince excède ses pouvoirs? Le peuple, évidemment.

Les anglais Locke et Sidney, qui devaient faire tant d'impression sur les publicistes français du XVIIIe siècle, soutiennent la thèse de la souveraineté nationale dans toute sa rigueur. « Le peuple, dit Locke, se réserve toujours le pouvoir souverain d'abolir le gouvernement, ou de le changer, lorsqu'il voit que les conducteurs en qui il avait mis tant de confiance, agissent d'une manière contraire à la fin pour laquelle ils avaient été revêtus d'autorité... L'autorité qui leur avait été remise, est dévolue au peuple, qui peut la placer de nouveau où il jugera à propos... Le peuple doit être considéré, à cet égard, comme ayant toujours le pouvoir souverain, mais non toutefois comme exerçant toujours ce pouvoir : car il ne l'exerce pas, tandis que la forme du gouvernement qu'il a établie subsiste (1). » C'est donc au peuple qu'il appartient de juger « si le prince ou la puissance législative passe l'étendue de son pouvoir et de son autorité » : et « en effet, qui est-ce qui pourra mieux juger si l'on s'acquitte bien *d'une commission*, que celui qui l'a donnée, et qui par la même autorité, par laquelle il a donné cette commission, peut désapprouver ce qu'aura fait la personne qui l'a reçue ?... Qui est plus propre à en juger que le corps du peuple, qui, du commencement, a conféré au prince l'autorité dont il est revêtu, et qui par conséquent sait quelles bornes il a mises au pouvoir de celui entre les mains duquel

user selon leur prudence de l'autorité qui leur a été donnée. (P. 366-367) ... Il est au pouvoir des peuples de donner ou d'engager leur liberté, après quoi ils n'en sont plus les maîtres. Mais aussi il est en leur pouvoir de l'engager jusques à tel et tel degré, avec telles et telles conditions. » (P. 366).

(1) *Du gouvernement civil*, traduit de l'anglais, Amsterdam, 1691, in-12, chap. XII, § 1, p. 190-192. L'original avait paru en 1690.

il a remis les rênes du gouvernement (1)? » — « On ne peut, dit Sidney, donner aucune raison de la variété des constitutions, qui est presque infinie, sinon que ceux qui ont fait ces règlements, ont voulu que cela fût ainsi... Les différentes manières dont les peuples ont limité le pouvoir souverain, sont une preuve convaincante de l'usage qu'ils ont fait, à cet égard, de leur liberté naturelle (2). » Aussi, « la même raison qui peut avoir porté une ou plusieurs nations à établir des rois, lorsqu'elles ne connaissaient point d'autre forme de gouvernement, peut non seulement les porter à en établir une autre, si elles trouvent que la monarchie ne leur convient pas ; mais elle suffit encore pour prouver que ces nations peuvent faire ce changement avec autant de justice, que de déposer un roi qui ne s'acquitte pas de ce que l'on s'était promis de lui (3) ».

Vattel, dans son *Droit des gens* (1756), développe la même théorie avec beaucoup de netteté. « Les suites d'une bonne ou d'une mauvaise constitution étant d'une telle importance, et la nation se trouvant étroitement obligée à se procurer, autant qu'elle le peut, la meilleure et la plus convenable, elle a droit à toutes les choses sans lesquelles elle ne peut remplir cette obligation. Il est donc manifeste que la nation est en plein droit de former elle-même sa constitution, de la maintenir, de la perfectionner, et de régler à sa volonté tout ce qui concerne le gouvernement, sans que personne puisse avec justice l'en empêcher... En vertu des mêmes principes, il est certain que si la nation se trouve mal de sa constitution même, elle est en droit de la changer (4). » L'acte par lequel la

(1) *Op. cit.*, ch. 18, § 27, p. 317, et § 29, p. 319.

(2) *Discours sur le gouvernement*, trad. par Samson, La Haye, 1755, 4 vol. in-12, tome IV, section 31, p. 214-215.

(3) *Ibid.*, sect. 25, p. 72-73.

(4) De Vattel, *Le droit des gens* (éd. de Londres, 1758, 2 vol. in-4°), t. I, liv. I, ch. 3, § 31 et 33. — « La souveraineté... appartient originairement

nation établit ou change sa constitution est essentiellement une *loi* : Vattel pose nettement ce principe [1] ; il y insiste : « Il appartient, dit-il, essentiellement à la société de faire des lois sur la manière dont elle prétend être gouvernée [2] ». Il lui appartient aussi d'en faire « sur la conduite des citoyens : ce pouvoir s'appelle puissance législative. La nation peut en confier l'*exercice* au prince, ou à une assemblée, ou à cette assemblée et au prince conjointement [3] ». Le pouvoir législatif, dont le prince se trouve ainsi revêtu, « ne s'étend pas jusque sur les lois fondamentales », à moins que « la nation ne lui ait donné très expressément le pouvoir de les changer [4] » : réserve de pure forme et qui ne signifie même à peu près rien : la nation, en effet, pourra toujours annuler le changement apporté par le prince aux lois fondamentales, puisqu'elle peut toujours abroger la primitive loi constitutionnelle en vertu de laquelle le prince aura fait ce changement.

De toutes façons, le prince, tenant son autorité de la nation, « en a précisément autant qu'elle a voulu lui en confier ». Elle a pu la lui donner « sans limitations et sans réserves [5] » autres que celles qui résultent du droit naturel,

et essentiellement au corps même de la société » (*ibid.*, ch. 4, § 38). Elle est inaliénable : c'est une erreur de la considérer « comme une chose qui était originairement dans le domaine du peuple, en y appliquant tout ce qu'on a démontré du transport de domaine et de propriété... La volonté commune a bien pu décider que l'on commettrait le soin du gouvernement à un seul homme ;... mais elle n'a pu que lui en confier l'exercice, et non lui transmettre le droit lui-même comme un propre. C'est un dépôt dont la propriété demeure toujours à la société, parce que cette société n'a pu l'aliéner. Elle n'en avait pas le droit. » (De Vattel, *Questions de droit naturel et observations sur le traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf,* Berne, 1762, in-12, p. 323-325, sur Wolf, t. VIII, cap. I, § 90 et 91).

(1) *Le droit des gens*, liv. I, ch. 3, § 29.

(2) *Ibidem*, § 34.

(3) *Ibidem*.

(4) *Ibidem*.

(5) *Op. cit.*, liv. I, chap. 4, § 45.

parmi lesquelles il faut comprendre le droit impérissable de changer la constitution et de reprendre la souveraineté. « Mais lorsque la puissance souveraine est limitée et réglée par les lois fondamentales de l'État, ces lois marquent au prince l'étendue et les bornes de son pouvoir, et la manière dont il doit l'exercer. Le prince est donc étroitement obligé, non seulement à les respecter, mais encore à les maintenir. La constitution et les lois fondamentales sont le plan sur lequel la nation a résolu de travailler à son bonheur; l'exécution est confiée au prince. Qu'il suive religieusement ce plan; qu'il regarde les lois fondamentales comme des règles inviolables et sacrées; et qu'il sache que dès le moment qu'il s'en écarte, ses commandements deviennent injustes, et ne sont plus qu'un abus criminel de la puissance qui lui est confiée (1). » Vattel combat l'opinion de Wolf, qui admettait dans toutes les lois fondamentales l'exception tacite « *nisi salus publica aliter exigat* » : « il semble, dit-il, que c'est ouvrir au prince un moyen assuré d'éluder les lois fondamentales, par lesquelles on a voulu mettre des bornes à son pouvoir ». Vattel admet cependant qu'« il peut y faire une exception dans un cas pressant, sauf à demander ensuite l'approbation et la ratification du peuple (2) ».

Ainsi la nation est toujours libre de changer sa constitution. Vattel, du moins, lui donne des conseils de sagesse et de modération : le peuple, dit-il, « doit être très circonspect sur cette matière, et ne se porter jamais aux nouveautés, sans les raisons les plus pressantes (3) ». Rousseau, reprenant quelques années plus tard les idées de Vattel, et les poussant à l'extrême, dédaigne cette prudence : « en tout état de cause, un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures ; car s'il lui plaît de se faire du mal

(1) *Ibidem*, § 46.
(2) *Questions de droit naturel...*, p. 334-335, sur Wolf, *loc. cit.*, § 120.
(3) *Le droit des gens*, liv. I, ch. 3, § 35.

à lui-même, qui est-ce qui a droit de l'en empêcher ? (1) » A cette nuance près, ses idées sur les lois fondamentales ne diffèrent pas essentiellement de celles de Vattel. Celui-ci aurait pu écrire, comme Rousseau, et dans le même sens : « tout gouvernement légitime est républicain » ; car, explique Rousseau, « pour être légitime, il faut que le gouvernement soit le ministre du souverain », c'est-à-dire du peuple : « alors la monarchie elle-même est république (2) ». Vattel, cependant, admettait la possibilité de confier au prince, d'une manière durable (moyennant que la nation fût sage), l'exercice non limité du pouvoir : ce que Rousseau, peut-être plus logique, rejette entièrement. Le prince, ou en général le gouvernement, ne peut avoir, dans son système, qu'un rôle purement *exécutif* ; la souveraineté, le pouvoir législatif, même le simple exercice de ce pouvoir, demeure incessible aux mains du peuple. « Ainsi ceux qui prétendent que l'acte par lequel un peuple se soumet à des chefs n'est point un contrat, ont grandement raison. Ce n'est absolument qu'une commission, un emploi dans lequel, simples officiers du souverain, ils exercent en son nom le pouvoir dont il les a faits dépositaires, et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plaît (3). » Cette « commission », cet « emploi », est établi, transformé par une loi du peuple, « quand il lui plaît ». Rousseau insiste beaucoup sur cette idée (4). La première question qu'on doit, d'après lui, poser au peuple dans ses assemblées périodiques, est « s'il plaît au souverain de conserver la présente forme de gouvernement (5) ». Il était à peine besoin, après cela, d'ajouter « qu'il n'y a dans l'État aucune loi fondamentale qui ne se puisse révoquer (6) ».

(1) *Contrat social*, liv. II, ch. 12.
(2) *Op. cit*, liv. II, ch. 6.
(3) *Op. cit.*, liv. III, ch. 1.
(4) Liv. III, ch. 16, 17 et 18.
(5) Liv. III, ch. 18.
(6) *Ibid.*

Le *Contrat social* parut en 1764. L'année suivante, l'*Encyclopédie*(1), dans son article sur les lois fondamentales, n'osait pas suivre Rousseau jusqu'à de telles extrémités et s'en tenait à la doctrine de Burlamaqui ; elle le copie même textuellement, en ayant soin toutefois d'écarter tout ce qui pourrait encore ouvrir la porte à l'absolutisme, et en insistant au contraire sur les précautions que les peuples peuvent prendre et sur les réserves qu'ils peuvent faire pour limiter le pouvoir du souverain (2).

IV

Influence des doctrines *a priori* sur l'école historique : Mably ; — Brancas de Lauraguais ; — le *Catéchisme du citoyen*, de Saige ; — les *Maximes du droit public français* ; — le *Sacre royal* ; — la *Théorie des lois politiques de la monarchie française*, de Mlle de Lézardière ; — les *Principes généraux de la constitution* ; — la *Monarchie française* de Pierre Chabrit ; — *De la constitution française* ; — les *Cahiers* de 1789.

Ces théories *a priori* ne devaient pas rester dans le domaine de la pure spéculation. On sait quelle influence les

(1) Tome IX, Neufchâtel (Paris), 1765, in-f°, p. 660.

(2) D'Holbach, dans son *Système social* (Londres, 1773, 3 tomes in-8°, sans nom d'auteur), admet une théorie assez semblable à celle de l'*Encyclopédie* : les lois fondamentales sont un contrat (t. II, p. 9-12), mais un contrat dont la nation est toujours en droit « de révoquer, d'annuler, d'étendre, de restreindre, d'expliquer, d'altérer » les clauses (*ibid.*, p. 57). D'ailleurs, ajoute D'Holbach « il n'existe point encore de constitution politique bien ordonnée sur la terre ; le hasard, la déraison, la violence ont jusqu'ici présidé à l'établissement des gouvernements, ainsi qu'à leurs réformes... (*ibid.*, p. 32). L'histoire nous prouve qu'en matière de gouvernements, les nations furent de tout temps les jouets de leur ignorance, de leur imprudence, de leur crédulité, de leurs terreurs paniques », — c'est ainsi que D'Holbach nomme la crainte de Dieu (*ibid.*, p. 24). — Les mêmes idées se retrouvent dans un grand nombre d'écrits *philosophiques*.

publicistes qui viennent d'être cités, français ou étrangers, ont exercée chez nous au XVIII[e] siècle. Quel homme « ayant des lumières » eût osé alors ne pas croire que l'existence de la nation reposât sur un contrat social et que la constitution fût l'œuvre libre de la nation ? Cette double idée était tellement répandue et, aux yeux d'une certaine école, si bien acquise à la science politique, que des érudits et des historiens entreprirent à leur tour de corroborer, de vérifier la théorie par les faits, par l'histoire du passé, — en attendant qu'on essayât de le faire dans le présent.

La magistrature elle-même se laisse parfois gagner. Dans un arrêté du 13 août 1770, le Parlement de Bordeaux ose dire « que tous les ordres que peut donner le seigneur roi ne sont que des développements et des applications de la loi constitutive qui commet en ses mains le dépôt de la force publique et des lois (1) ». Mais de tels écarts sont exceptionnels. « L'esprit de système (2) » avec lequel le Parlement se pose en antagoniste du pouvoir royal, sa résistance qui va jusqu'à la rébellion, sont, il est vrai, aussi funestes à la monarchie que les attaques des théoriciens républicains ; mais son *système* n'en est pas moins différent du leur. Et en effet, il condamne au feu (3) les livres comme le *Catéchisme du citoyen* ou l'*Ami des lois*, qui vulgarisaient les doctrines des publicistes les plus audacieux. Il faut ajouter pourtant que de telles condamnations sont rares.

Quoi qu'il en soit, la diffusion de ces idées générales fit naître les théories les plus étranges touchant les lois fondamentales de la monarchie française. Déjà Mably, en 1765, laissait entendre que cette constitution n'existait même pas.

(1) Cité dans Flammermont, *Le Chancelier Maupeou et les Parlements*, Paris, 1883, in-8°, p. 96.

(2) Édit de décembre 1770, au commencement. (Isambert, t. XXII, p. 501.)

(3) Arrêt du Parlement du 30 juin 1775 (Rocquain, *L'esprit révolutionnaire avant la Révolution*, Paris, 1878, in-8°, p. 333).

Car il n'a pas la prétention de donner sa démocratie franque comme la vraie constitution de la France. « Qui ne sait, dit-il, que les lois, les mœurs et les coutumes des peuples n'ont rien de stable? Personne n'est assez ignorant pour confondre les premières lois qu'ait eues une nation, avec ses lois fondamentales ; la loi fondamentale d'un État n'est point un amas de lois proscrites, oubliées ou négligées, mais la loi qui règle, prescrit et constitue la forme présente du gouvernement [1]. » Et il écrit plus loin : « Chaque nation a son droit public tel qu'elle veut l'avoir [2] ». Les Francs n'ont pas su, après la conquête, conserver et maintenir leur république. L'accroissement du pouvoir royal, encouragé par les évêques, puis la féodalité, puis les nouveaux progrès du pouvoir royal, ont été de purs *faits*. Le droit public français n'existe pas encore. Telle est au fond la pensée de Mably.

Brancas de Lauraguais, dans son *Extrait du droit public de la France*, soutient au contraire qu'il est « tout fait » dans les recueils de documents historiques, quoique dit-il, « les auteurs qui ont rassemblé toutes les autorités dont je me sers, ne se sont pas doutés qu'elles formassent le droit public de France [3] ». Il est sévère pour ses devanciers de l'école historique ; il compare les écrits de Boulainvilliers aux « contes de Pantagruel [4] ». A-t-il été plus heureux? Partant de ce principe « incontestable » que le droit public d'une nation repose sur un « contrat social » et sur un « pacte social », il découvre qu'en France « la nature des lois », en vertu du premier, est « d'être faites par le concours du peuple et du roi », et qu'en vertu du second « les français doivent

(1) *Observations sur l'histoire de France*, Genève, 1765, 2 vol. in-12, t. I, p. x (*Avertissement*).

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 148.

(3) Louis de Brancas, comte de Lauraguais, *Extrait du droit public de la France*, en France, 1771, in-8°, p. x (*Avertissement*).

(4) *Ibid.*, p. VIII. Cf. p. 19.

jurer de les conserver [1] », et promettent au prince de lui obéir « à telles conditions [2] ». Il définit le pouvoir royal « la puissance qui coopère aux lois [3] » ; la royauté est élective [4]; « c'est la nation qui est souveraine [5] ».

Le *Catéchisme du citoyen*, de Saige, est peut-être encore plus fantaisiste [6]. Lui aussi part de ce double principe, que « la société politique est un assemblage d'hommes réunis librement par un contrat primitif [7] », et que, « par l'essence de l'état civil, l'autorité souveraine ne peut légitimement résider que dans le corps du peuple [8] ». « C'est, dit-il, à l'évidence de ces principes que tout doit se plier dans l'institution politique [9] », — et dans l'histoire aussi, sans doute. Les « actes de la volonté générale », poursuit l'auteur, sont de deux sortes : « les lois politiques et les lois civiles ; ... les lois fondamentales sont cette espèce de lois politiques, qui règlent la forme et la constitution particulière de l'État [10] ». Du reste, l'objet de ces dernières est très limité : car le pouvoir législatif « appartient nécessairement au corps de la nation » : les lois fondamentales n'ont donc pas à statuer sur ce point; elles ne peuvent avoir pour objet que l'exécutif, « agent secondaire, chargé d'appliquer aux personnes et aux actions particulières les volontés de la nation; c'est seulement dans la forme de cet agent, ... que les diverses sociétés,

(1) *Op. cit.*, p. 25-28.
(2) P. 32.
(3) P. 28.
(4) P. 15.
(5) P. 45.
(6) [Saige], *Catéchisme du citoyen, ou éléments du droit public français.* La première édition (1775) fut condamnée au feu par le Parlement. Je renvoie à celle de 1788, in-8°.
(7) P. 5.
(8) P. 10.
(9) P. 14.
(10) P. 17.

peuvent différer l'une de l'autre [1] ». — On reconnaît les idées de Rousseau ; passons à l'application.

« La véritable et légale constitution de France » « est une constitution où le pouvoir législatif réside exclusivement dans le corps de la nation, où la puissance exécutive est partagée entre un premier magistrat que l'on nomme roi, et un Sénat, que l'on appelle Parlement, cour de France, ou cour des pairs [2]. »

La puissance législative, d'abord, « réside dans l'assemblée des États, composée du roi et des trois ordres de la nation, suivant la décision des capitulaires, *lex fit populi consensu et constitutione regis* [3] ». Au reste, « dans ce concours de la volonté du roi et des États,... la plus nécessaire des deux, et celle qui forme l'essence de la souveraineté, c'est la volonté des États. Il est, par conséquent, des circonstances où les États peuvent agir sans le consentement du roi ; mais il n'en est point, dans tout ce qui a trait à la législation, où le roi puisse agir sans le concours des états [4] ». Ce droit de la nation se justifie, non seulement *a priori*, mais encore par « les preuves positives que nous puisons dans nos constitutions primitives, dans les lois subséquentes, dans l'histoire de nos ancêtres, et dans la tradition et la créance politique des premiers siècles de notre monarchie [5] ». Nous ne suivrons pas Saige dans les bizarres considérations historiques [6] par lesquelles il entreprend de prouver que, depuis l'époque de Tacite jusqu'à celle de Louis XV, la nation a conservé le pouvoir législatif.

C'est aussi par l'histoire qu'il entend démontrer que « la

(1) P. 17-18.
(2) P. 54.
(3) P. 24.
(4) P. 25.
(5) P. 26-27.
(6) P. 28-35.

puissance exécutive, en France, est composée, puisqu'elle se trouve, par la constitution légale du royaume, partagée entre le roi et un sénat que l'on nomme cour de France, ou cour des pairs ; par où il est évident que c'est une monarchie aristocratique [1] ». C'est le roi « qui assemble le corps législatif ou les trois ordres de l'État, qui a droit conjointement avec la cour des pairs de traiter et préparer les matières avant qu'elles aient passé à la décision des états » ; il ne peut exercer ses attributions exécutives et administratives « que conformément aux lois constitutives établies par la société ; lois dont elle a confié le dépôt à la cour des pairs, qui par cette raison se trouve chargée de leur défense, dans tous les temps où le corps législatif n'étant pas assemblé, ne peut élever sa voix pour les protéger lui-même [2] ». C'est au Parlement « que, dans la vacance du trône, est dévolue la totalité du pouvoir exécutif [3] ». Bien entendu, « formant une partie essentielle de la constitution, il ne peut être détruit ou altéré que par ce qui a formé la constitution..., c'est-à-dire par la nation, ou de son consentement exprès [4] ».

Ce *Catéchisme du citoyen* n'est qu'un échantillon d'un genre de littérature qui prit un grand développement après le conflit parlementaire de 1770 [5]. Les *Maximes du droit public français* en sont le chef-d'œuvre. Publiées d'abord en 1772, réimprimées en 1775, — « seconde édition, double de la précédente [6] », — elles soutiennent, avec une érudition très étendue et de meilleur aloi que celle de Lauraguais ou de Saige, une thèse assez voisine de la leur, ou du moins

(1) P. 38.

(2) P. 44.

(3) P. 46.

(4) P. 49-50.

(5) V. Rocquain, *op. cit.*, p. 298, 299 avec les notes 2 et 4, 301 avec la note 9, 305 avec la note 4, etc.

(6) Amsterdam, 1775, 6 vol. in-12. La même édition, sous la même date, parut aussi en 2 vol. in-4°. Je renvoie à l'édition in-12.

inspirée des mêmes principes *a priori*. Elles citent longuement, et avec beaucoup d'exactitude, les théoriciens scolastiques, les modernes Locke, Sidney, Noodt, Burlamaqui, Vattel (sauf exception pour Rousseau, qu'elles affectent d'ignorer), les vieux publicistes français, les documents historiques, capitulaires, ordonnances, etc. Elles forment une des compilations les plus vastes qui aient été entreprises en ce genre. Malheureusement cette œuvre considérable manque d'unité ; on y sent la main de plusieurs auteurs (1) ; elle manque plus encore de méthode.

Prenant pour base, elle aussi, le double principe du contrat social et de la souveraineté nationale, elle considère les lois fondamentales *positives*, — distinguées soigneusement (2) des lois fondamentales essentielles ou générales, — comme des *limitations* apposées au pouvoir du prince, en vertu de l'acte par lequel la nation lui a confié le pouvoir. Les *Maximes* considèrent cet acte comme un contrat synallagmatique ; elles le nomment un mandat (3) ; les lois fondamentales ont une nature contractuelle (4). C'est en somme la doctrine de Burlamaqui que les *Maximes* semblent suivre, bien qu'elles citent également Sidney et Vattel sans réprouver leur opinion (5).

L'application qu'elles font de cette doctrine à la France est intéressante à plus d'un titre.

En vertu des lois fondamentales essentielles (6), la nation

(1) Mey, Maultrot, Aubry, Blonde, d'après Quérard (*France littéraire*, t. V, p. 639) ; Barbier (*Dict. des ouv. anon.*, t. II, n° 10 935) ajoute le nom de Michau de Montblin.

(2) Tome II, p. 205, etc.

(3) Tome II, p. 232-235.

(4) *Ibid.*, p. 240-241.

(5) Sidney : *ibid.*, p. 370-376, et t. III, *Appendice sur les États généraux*, p. 14-15, 18. — Vattel : t. II, p. 351 et s., t. III, p. 127.

(6) Les *Maximes* rangent, bien entendu, parmi les lois fondamentales essentielles, « toutes les obligations du souverain qui naissent des motifs

a le droit de s'assembler d'elle-même en États généraux, sans convocation du roi, si elle juge que le prince outrepasse ses pouvoirs : sinon, « toutes les lois fondamentales sont des chimères ; car il n'y a que le corps de la nation qui puisse en procurer l'exécution (1) ». Elle peut le faire également si elle désire changer la constitution (2).

Quant aux lois fondamentales positives, les *Maximes* s'embarrassent peu de l'objection qu'on pourrait leur faire, que, ces lois « supposant des conventions aussi anciennes que la fondation de la monarchie, il faut que l'histoire ait conservé des traces certaines de l'engagement mutuel contracté par le roi, de concert avec la nation (3) ». Elles s'en tirent avec assez de légèreté. « Il n'est point nécessaire pour constater l'existence des lois fondamentales, de rapporter la convention originaire rédigée par écrit, *ni même de prouver par des témoignages précis que le contrat qui les contenait a existé.* On sent d'abord combien il serait déraisonnable d'exiger la représentation du contrat primitif pour un royaume qui subsiste depuis plus de douze siècles. » Et les *Maximes* ajoutent : « D'ailleurs, les publicistes conviennent

primitifs de l'institution des sociétés, ou que le droit divin lui impose : gouverner selon les lois de la justice et de l'équité, veiller au bien public, n'opprimer personne... Il faut donc mettre au rang des lois fondamentales *essentielles*, la nécessité de gouverner par des lois, et non à discrétion, l'obligation de ne point entamer les propriétés, de ne point toucher à la liberté légitime des sujets » (T. II, p. 209-210). — Les *Maximes* considèrent les impôts établis par le roi de sa propre autorité, et les lettres de cachet, comme des violations de ces lois fondamentales essentielles : sur les impôts, v. t. I, p. 285 et s., notam. p. 407 (cf. *contra*, *ibid.*, p. 437) ; sur les lettres de cachet, v. t. II, p. 3 et s., 146 et s., 165, 210, etc.

(1) T. III, *Appendice sur les États généraux*, p. 5 ; — cf. *ibid.*, p. 28-29 33-34, 54-55, etc.

(2) *Ibid.*, p. 54-55. Les *Maximes* oublient ici qu'elles ont admis ailleurs qu'il existe des engagements *mutuels* entre le prince et les sujets. — Cf. encore, t. II, p. 320, 338 et s.

(3) Tome II, p. 285.

que la réalité des lois fondamentales doit passer pour constante, lorsqu'elle a pour base une tradition suivie qui les a transmises de siècle en siècle[1] ». L'objection est esquivée, mais non résolue : car il ne faudrait pourtant pas tout confondre : les lois fondamentales sont-elles une *tradition*, ou sont-elles une *convention* ? de la réponse qu'on fait à cette question découlent de trop graves conséquences pour qu'il soit permis d'équivoquer.

Les *Maximes* énumèrent comme lois fondamentales positives : la loi de succession à la couronne (hérédité, primogéniture, exclusion des filles et des enfants naturels) ; — l'inaliénabilité du domaine ; — le droit des États d'être consultés sur les affaires importantes, et même de décider ; l'inamovibilité des magistrats[2] ; — la *libre vérification* des édits, ordonnances, etc., par les cours souveraines [3], et le droit pour elles, en cas de conflit, de résister par tous les moyens [4] ; — l'existence du Parlement comme corps intermédiaire[5]. La question des droits politiques du Parlement occupe à elle seule la moitié de l'ouvrage : elle en est le centre ; c'est elle qui l'a fait naître.

Le sacre de Louis XVI fut encore l'occasion de dissertations historiques et politiques. C'est alors que parut *Le sacre royal, ou les droits de la nation française reconnus et confirmés par cette cérémonie* [6]. L'auteur entreprend de prouver que la monarchie française est élective : « il n'est pas douteux, dit-il, que les rois ne naissent point, mais qu'ils sont élus[7] ». Il s'appuie, comme bien on pense, sur le cérémonial

(1) *Ibid.*, p. 285-286.

(2) T. II, p. 270-276.

(3) T. IV, ch. 5, p. 1 et s., notam. p. 64, 97-98, 197, 226, etc.

(4) Suspension du cours de la justice : v. t. III, *Appendice sur les États généraux*, p. 70-75.

(5) Tome VI, p. 330-333.

(6) Amsterdam, 1776, 2 vol. in-12. — Attribué à Morizot.

(7) Tome I, 2e part., p. 22 ; cf. p. 38.

du sacre, en particulier sur le consentement demandé au peuple [1] ; et bien loin de mettre en doute s'il faut lui attribuer la même valeur et la même portée dans la monarchie des derniers siècles qu'au temps des premiers capétiens, il considère comme une « erreur grossière » de croire que le droit public ait pu se transformer sur ce point [2]. L'évidence des faits l'oblige pourtant à distinguer entre la « monarchie élective spécialement dite », où l'élection est « volontaire et de pure grâce », et la « monarchie héréditaire », comme est la France, où « le droit de naissance n'est rien autre chose que la promesse de l'élection nationale [3] ».

Quoi qu'il en soit de sa thèse historique, il est intéressant de remarquer comment il a été conduit à l'adopter : il part de principes *a priori*. Ce n'est pas seulement en droit public français, c'est en thèse générale que les monarchies même les plus héréditaires sont encore électives, l'élection de l'héritier présomptif y étant seulement « de justice, ou de nécessité de droit, parce que la nation s'y est engagée par le pacte social, et que ce pacte oblige nécessairement toutes les fois que les conditions et l'objet en sont remplis [4] ». Et pourquoi en est-il ainsi ? C'est que « chaque peuple, en s'établissant en corps de société, ou de nation, est libre de choisir son régime politique, et que par conséquent, celui qu'il adopte, n'ayant d'autre fondement que son choix, ne peut encore exister, d'une manière raisonnable, qu'en vertu d'un pacte [5] », renou-

(1) Tome II, 3e et 4e parties.
(2) Tome II, 4e part., p. 238.
(3) Tome I, 2e part., p. 76-77.
(4) *Ibid.*
(5) Tome I, 1re part., p. 50. — Cf. *ibid.*, p. 15 et 21 : « La société politique, ainsi que toute autre, n'a pu exister sans un pacte : et il ne s'en maintient que par l'exécution de ce pacte... Le gouvernement » doit aussi « son existence au pacte : ses règles, qui sont les lois sociales, ne sont encore autre chose qu'un pacte... De là l'axiome vulgaire que le roi ne peut toucher aux lois constitutives... »

velable à chaque avènement. Voilà pourquoi *il faut* que la monarchie française soit reconnue élective, au moins d'une certaine manière.

C'est encore un ensemble de principes *a priori* qui domine la *Théorie des lois politiques de la monarchie française*, de Mlle de Lézardière [1]. Une énorme quantité de documents recueillis avec soin et classés avec méthode n'ont pas empêché Mlle de Lézardière de découvrir dans l'ancienne France ce qu'elle voulait y découvrir, c'est-à-dire une monarchie parlementaire à l'anglaise, basée à l'origine sur une *stipulation*, et demeurée toujours la même depuis Clovis. « Une stipulation légitime et sacrée [2] » détermina « les droits et les pouvoirs que les Francs *confièrent* à leurs monarques, et ceux qu'ils *se réservèrent* [3] ». « Le grand principe qui fut la base de la constitution de la monarchie », ce fut le « partage de la puissance législative entre le roi et le peuple [4] ». « Le roi ni le peuple ne reconnaissaient que dans l'assemblée du placité général, formée dans les règles que la constitution avait consacrées, la réunion des deux puissances, l'accord de la voix du roi et de la voix du peuple, nécessaire pour former les lois [5]. » Mlle de Lézardière imagine dans ces temps primitifs une constitution rigide, une savante séparation des pouvoirs. « Les lois fondamentales qui fixèrent le partage de la puissance législative entre le roi et le corps du peuple attribuèrent au seul monarque l'institution et l'initiative des lois [6]. » A lui seul appartint « le droit de décider de la guerre et de la paix » : « la consti-

(1) Paris, 1844, 4 vol. in-8°. — Cette œuvre considérable, entreprise sous le règne de Louis XVI, commença à paraître en 1790. La révolution l'interrompit. Elle ne fut publiée en entier qu'après la mort de l'auteur.

(2) Tome I, p. 106.

(3) *Ibid.*, p. 105.

(4) *Ibid.*, p. 122.

(5) *Ibid.*, p. 123.

(6) *Ibid.*

tution prononçait l'indépendance de ce pouvoir [1] ». En revanche, le pouvoir exécutif est entièrement privé du droit de juger : « la séparation des deux pouvoirs fut expressément stipulée par les institutions fondamentales de la monarchie »; le roi ne peut juger lui-même, il a seulement « le droit d'assembler les juges établis par la constitution [2] ». Ce tribunal, c'est le *placité* du roi, distinct du placité général ou assemblée législative, et prototype de la *curia regis* et du Parlement [3]. Enfin, « les lois fondamentales prononçaient l'inviolabilité de la personne du roi et l'irrévocabilité de ses prérogatives [4] ».

Cette belle constitution, due à la sagesse des Francs, est demeurée, selon Mlle de Lézardière, la vraie constitution de la France. « Le principe qui, dès l'origine de la monarchie, avait partagé la puissance législative entre le roi et le peuple, se conserva sous la troisième race pour les citoyens qui restèrent soumis à l'autorité du monarque » : cette « puissance co-législatrice », c'est « le parlement » qui « l'exerçait au titre le plus incontestable [5] ». De même, « le principe qui séparait le pouvoir de juger de la puissance exécutive se maintint dans toute sa force [6] ». Ces lois fondamentales n'ont perdu leur vigueur que depuis l'avènement du despotisme.

Telle est la *Théorie* de Mlle de Lézardière. On voit ce qu'il y entre d'idées préconçues, en dépit d'une documentation très riche. Tous les systèmes plus ou moins historiques qui viennent d'être analysés méritent donc le même reproche : ils torturent l'histoire, chacun dans son sens. Aristocrates comme

(1) Tome II, p. 82.
(2) Tome III, p. 21.
(3) *Ibid.*, p. 13 et s., 174 et s.
(4) Tome IV, p. 108.
(5) *Ibid.*, p. 123.
(6) *Ibid.*, p. 101.

Saint-Simon, parlementaires comme Le Paige, républicains comme Saige, exploitent les mêmes faits, prétendent s'appuyer sur le même passé historique, mais en le tournant de manière à justifier chacun leurs préférences. On comprend qu'en face d'une pareille diversité de systèmes, — sans compter la théorie des monarchistes purs et traditionalistes, à laquelle nous arriverons bientôt, — au milieu de ces contradictions et de ces incohérences, beaucoup se soient demandé si vraiment il existait des lois fondamentales de la monarchie française. Le doute était encore fortifié par les doctrines si répandues selon lesquelles, *a priori*, une constitution devait être établie de telle et telle manière. Confrontant le passé de la France avec ces théories abstraites, les uns avaient faussé l'histoire pour justifier la théorie (1), d'autres étaient amenés à douter, et même à nier que la monarchie fût *constituée*, puisqu'elle ne répondait pas au schéma rationnel dressé par les doctrinaires ; d'autres, à tout le moins, se trouvaient perdus au milieu de ce déluge de thèses historiques et de systèmes philosophiques.

« Plus de trente mille volumes sur cette matière ne nous

(1) Quelques-uns même s'embarrassent trop peu de l'histoire : v. par exemple les *Principes généraux de la constitution française, ouvrage utile à tous les députés qui forment l'assemblée des États généraux* (s. l. n. d., in-8° de 32 p.) : « Quelqu'un a dit que nous n'avons point de constitution... Si cela était vrai, nous devrions effectivement nous la donner ; nous en avons le droit incontestable, et par conséquent celui de nous assembler pour cet unique objet. Mais nous l'avons, cette constitution : les preuves en existent partout ; et en dissipant les nuages dont on les a enveloppées, il est aisé de les retrouver et de les consigner à jamais... Nos droits sont consignés partout ; ils sont dans la nature ; ils sont dans le contrat social, dans l'essence même de la monarchie. Il y avait une nation avant qu'il y eut un souverain ; ... elle s'est dessaisie d'une partie du pouvoir qu'elle avait pour la lui conférer ; les conditions n'ont pu devenir caduques par le laps de temps... » Un des droits que la nation s'est réservés est « le droit de se donner des lois, et par une conséquence nécessaire, celui de s'assembler pour cet objet. » (P. 1, 5, 8.)

ont pas éclairés », dit Pierre Chabrit dans son livre *De la Monarchie française ou de ses lois* (1). Et après avoir résumé, pourtant avec un sens assez juste des traditions, le droit public et privé de l'ancienne France, il n'y découvre que « barbarie » et confusion. « Il y a donc eu, dit-il, sur la terre, un peuple chez qui les lois du gouvernement, les droits établis pour les familles, les règles prescrites aux juges... n'ont été qu'une confusion épouvantable... Si ce peuple a été bon, juste, ami de l'ordre et heureux, si ses souverains ont profité de la sagesse et de l'expérience des siècles,... ce peuple a *trompé tous les principes reçus*, son histoire mérite bien qu'on l'approfondisse et qu'on la suive jusqu'au bout, il est le prodige de tous les peuples (2). »

« Il n'existe point de constitution en France », dit de son côté l'auteur plus radical de la brochure intitulée : *De la constitution française, ou des lois fondamentales du royaume* (3) : « on affecte depuis longtemps de regarder comme lois fondamentales, des usages qui ont varié sans cesse, que rien n'a sanctionné (4) » ; or, une « véritable constitution... doit être immuable et fixe (5) », « une loi ne peut être constitutionnelle que quand elle est convenue entre le prince et les sujets (6) ». L'auteur consent pourtant à reconnaître la loi salique comme « véritablement constitutive et intégrante » (quoique « son origine soit assez incertaine »), parce que « depuis qu'elle existe elle n'a reçu aucune atteinte (7) ». Mais, ajoute-t-il, « elle ne suffit pas, ou plutôt elle ne sert de rien pour régir cet empire », car « ce sont les lois qui établissent les rapports entre le souverain et son peuple et

(1) Bouillon, 1783-85, 2 vol. in-8° ; tome I, p. VII de l'*Introduction*.
(2) Tome II, p. 219-220.
(3) Lausanne, 1789, in-8° de 54 p.
(4) *Avant-propos*, p. I.
(5) P. 7.
(6) P. 51.
(7) P. 22.

entre les membres de la société, les lois qui fondent le droit public, qui devraient être ce qu'on appelle constitutionnelles, et qui manquent absolument [1] ». Le Parlement n'a jamais eu le caractère d'un corps constitutionnel, attendu que ce caractère « ne lui a pas été conféré par le roi et la nation conjointement [2] » ; on ne le trouve pas davantage dans les États généraux : « ces anciennes assemblées » « n'étaient convoquées qu'à la volonté des princes, et quand ils le trouvaient bon [3] ». « Ainsi, de quelque côté que nous nous tournions, nous ne voyons jamais de constitution ni écrite, ni même admise par un consentement tacite de la part du peuple... La France n'a été administrée que d'après une aveugle routine et par la volonté instantanée des rois;... un droit public n'a jamais existé sous aucun règne [4]. » Et là-dessus, l'auteur propose son plan de réformes, que nous n'avons pas à examiner ici.

Les mêmes incertitudes ou les mêmes négations, le même goût pour les théories *a priori*, la même aspiration vers des lois constitutionnelles rigides et purement rationnelles, se retrouvent, en 1789, dans un bon nombre de cahiers du tiers état et de la noblesse, et même dans quelques-uns de ceux du clergé. Les rôles, d'ailleurs, sont intervertis : au moyen âge, c'était le clergé qui professait une politique *a priori*, tandis que maintenant ce sont les ordres laïques qui sont imbus d'un esprit tout scolastique, et le clergé se fait le défenseur de la tradition.

« La nuit des temps et les ténèbres de l'histoire » ne présentant « qu'une extinction absolue de principes [5] », il faut

(1) P. 23.
(2) P. 33-35.
(3) P. 44-48.
(4) P. 35, 49.
(5) Tiers état de Nîmes, dans le *Résumé général ou extrait des cahiers* (par Prudhomme, s. l., 1789, 3 vol. in-8°), t. III, p. 11-12, art. II.

« donner à la France une constitution (1) », dit le tiers état ; « la constitution qui sera faite dans les États généraux actuels sera la propriété de la nation, et ne pourra être changée ou modifiée que par le pouvoir constitutif, c'est-à-dire par la nation elle-même ou par ses représentants (2) ». Quelques cahiers consentent à partager le pouvoir constituant entre la nation et le roi (3). Tous, — tous ceux du moins qui demandent que l'on *constitue* la France, — proposent la séparation rigoureuse des pouvoirs, l'attribution du législatif à la nation, avec ou sans sanction royale, etc. (4) Les opinions novatrices et révolutionnaires ne sont du reste représentées, de la part du tiers état, que par un nombre de cahiers beaucoup moindre qu'on ne pourrait croire. On les rencontre dans un nombre peut-être aussi grand de cahiers de la noblesse. Quelques-uns de ceux-ci, estimant que « les principes de la politique sont aussi absolus que les principes de la morale (5) », « arrêtent impérativement les bases sur lesquelles ils désirent que soit établie la constitution (6) » ; la séparation des pouvoirs et l'attribution du législatif à la nation sont au nombre de ces principes (7).

Plusieurs enfin s'imaginent restaurer exactement la constitution de la monarchie française, en réclamant le partage du pouvoir législatif entre le roi et la nation. Les cahiers de la noblesse de Paris, d'Auxerre, du Bugey, de Metz, d'Évreux,

(1) Tiers état de Dax, Saint-Sever et Bayonne ; *ibid.*, p. 42, art. IV.

(2) Tiers état de Paris, *ibid.*, p. 55, art. XXXVI ; cf. Paris hors les murs, *ibid.*, p. 57, art. XXXIX.

(3) Tiers état de Ponthieu, *ibid.*, p. 42, art. III.

(4) V. *op. cit.*, t. III, p. 47-49.

(5) Noblesse de Mantes et Meulan, *op. cit.*, t. II, p. 51, art. X.

(6) Noblesse de Paris, *ibid.*, p. 48, art. XXXVII. — V. tout le § III, p. 38 et s.

(7) Paris, *ibid.*, p. 44, art. XXIV-XXV ; Evreux, *ibid.*, p. 42 et 44, art. XIX et XXVI ; Meaux, *ibid.*, p. 46, art. XXXII ; etc.

d'Alençon, etc., expriment ce sentiment (1) ; les cahiers du tiers état de Rouen, de Dunkerque, du Bourbonnais, de Lyon, etc., sont conçus dans le même esprit (2). Échos fidèles de publicistes dont nous avons analysé les systèmes politico-historiques, ils vont se traduire, dans la réalité, par l'impraticable partage du pouvoir entre une assemblée législative et un prince armé du droit de *veto*. Rien ne marque mieux le désarroi des idées que la contradiction qui se révèle si nettement, dans quelques-uns de ces cahiers, entre les principes posés, tout traditionalistes, et les conséquences tirées, révolutionnaires sans le savoir.

Ainsi la noblesse du Bugey commence par une déclaration de principes d'une clarté qui ne laisse rien à désirer : « La France a une constitution. Vainement de hardis novateurs répandent dans des écrits répréhensibles, et voudraient persuader qu'un État qui subsiste depuis mille trois cents ans, n'a jamais été constitué. Un principe aussi erroné ne peut trouver grâce aux yeux de la raison et du bon sens, qu'en admettant que les Français n'ont connu d'autres lois que celles du caprice, de la volonté arbitraire, ou d'un aveugle hasard... Il s'agit moins de créer ou de changer la constitution que de déraciner les abus qui la minent sourdement ; moins de fomenter de dangereuses innovations, en établissant de nouveaux principes, que de respecter ceux qui sont anciennement établis, dont l'expérience a confirmé la bonté, et auxquels l'état doit sa splendeur et sa prospérité depuis son origine (3). » Après ce préambule, on n'est pas peu surpris d'aboutir à cette proposition, que « dans la monarchie le souverain est la nation, jointe au monarque et

(1) Paris, *ibid.*, p. 44, art. XXV ; Auxerre, *ibid.*, p. 42, art. XIX ; Bugey, *ibid.*, p. 26-30 ; Metz, *ibid.*, p. 42 ; Evreux, *ibid.*, p. 31-32, art. XX, et p. 42, art. XIX ; Alençon, *ibid.*, p. 32-35.

(2) *Op. cit.*, t. III, p. 42-43, 44, 45, 46-47.

(3) *Loc. cit.*

présidée par lui ». — De même la noblesse d'Alençon estime que « deux causes doivent toujours concourir à la formation et à l'abrogation de la loi, le consentement de la nation et le décret du prince... » ; mais c'est dans les antiques usages du royaume qu'elle croit découvrir ce principe ; elle s'étonne qu'on ait osé soutenir « la supposition que la nation française, malgré son antique et glorieuse existence, était sans constitution ; et que, pour donner cours à cette étrange assertion, on n'ait pas craint de mettre en principe qu'en matière de droit public, il n'est permis ni de penser ni de dire que de simples exemples soient des titres, que des usages non sanctionnés ni délibérés fassent loi ou opèrent une prescription, et que quand on se permet d'alléguer une constitution, il faudrait au moins montrer la charte ou le diplôme de cette constitution... » De toutes les lois, ajoute-t-elle, « qui appartiennent bien constamment au droit public » de la monarchie, telles que l'hérédité du trône, l'exclusion des femmes, etc., « il n'en est aucune... qui repose sur d'autres titres que les simples exemples, les usages et la possession (1) ».

Peut-on demander un traditionalisme plus pur ? Et de tels principes auraient-ils dû conduire à la constitution de 1791 ?

V

Les traditionalistes : D'Aguesseau ; — D'Argenson ; — Piganiol de La Force ; — Gautier de Sibert ; — Gin ; — Moreau ; — Aublet de Maubuy ; — Chaillon de Jonville ; — les *Cahiers* de 1789 ; — le *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*.

Quelle que fût la confusion produite dans les esprits par la diversité et le nombre des théories qui s'offraient à eux, il

(1) *Loc. cit.*

ne faudrait pas croire que l'ancienne théorie monarchique, à la fois absolutiste et modérée, que nous avons autrefois rencontrée chez Claude de Seyssel ou même chez Bodin, fût tombée tout à fait dans l'oubli et manquât de défenseurs. La tradition s'était perpétuée sans interruption à travers tout le XVIII[e] siècle. Mais elle prend généralement une teinte plus accentuée d'absolutisme, reflet naturel de l'autocratisme régnant : ainsi l'auteur de la *Science du gouvernement*, Réal, se rattache à l'école de Grégoire de Toulouse, de Le Bret, de Domat (1).

C'est au même groupe qu'appartient D'Aguesseau. « Lorsque, dit-il, on examine attentivement la nature du gouvernement français, ébauché sous la première race de nos rois, perfectionné sous la seconde, et pleinement affermi dans la troisième, on reconnaîtra que toute sa substance est comme renfermée dans ces deux points principaux : l'un que le gouvernement est purement monarchique, et que les rois y exercent une domination absolue qui réside dans leur personne, et dont ils ne doivent compte qu'à Dieu seul ; — l'autre que cette puissance suprême y est tempérée uniquement par les lois qu'ils se dictent à eux-mêmes comme à leurs peuples, en sorte qu'il n'y a point de monarques qui puissent dire

(1) « Quelque auguste que soit le pouvoir des rois, il n'est pas au-dessus de la loi fondamentale de l'État,... ils n'en doivent pas moins observer une loi primitive, à laquelle ils sont redevables de leur couronne. Les lois fondamentales de l'État ont précédé la grandeur du prince, et doivent lui survivre. Pour ne pouvoir changer ces lois, il n'en est pas moins absolu dans l'exercice de la puissance que ces lois lui donnent... Dans tout gouvernement il y a des lois fondamentales ; et il n'est point d'État où le droit de commander aux hommes ne suppose l'obligation de les gouverner justement ; cette obligation est exprimée dans les serments que les rois les plus absolus font à leur sacre, ou dans les cérémonies de leur couronnement. » (*La Science du gouvernement*, Paris, 1760-65, 8 vol. in-4°, tome IV, p. 130.) Une de ces lois fondamentales essentielles est « d'observer les lois civiles tant qu'elles subsistent », bien que le prince soit au-dessus d'elles comme législateur (*Ibid.*, p. 128) : Réal rapporte et suit la doctrine de saint Thomas d'Aquin (cf. ci-dessus, p. 40 note 5).

plus véritablement,... *quoiqu'au-dessus des lois, nous vivons cependant sous les lois* [1]. » Cette formule, du reste, a besoin d'être complétée : elle n'exprime pas toute la pensée de D'Aguesseau. Celui-ci, en effet, pense si peu que le pouvoir du prince soit « tempéré *uniquement* par les lois qu'il se dicte à lui-même », que pour défendre le droit de remontrances du Parlement, il s'attache à mettre en lumière la « tradition suivie [2] » sur laquelle repose ce droit : car « *on a toujours cru dans ce royaume* que quelque grande que soit l'autorité du roi, les lois qui intéressent tout l'État ne doivent pas tellement dépendre de la volonté d'un seul, qu'elles ne soient examinées par ceux qui ont le plus de part à leur exécution, et qui sont chargés de veiller à la manutention de l'ordre public [3] ». C'est donc, aux yeux de D'Aguesseau, la tradition, les usages anciens, qui tempèrent le pouvoir du prince. Mais ces usages ne sont-ils pas bien compromis, sinon morts tout à fait, et la restauration du droit de remontrances des cours souveraines, opérée par le Régent, défendue par D'Aguesseau, suffit-elle à compenser la disparition des libertés provinciales et des grands conseils nationaux où la France toute entière était consultée ?

Beaucoup ne le pensaient pas. D'Argenson, quelques années plus tard, estimant que « l'aigreur importune des Parlements [4] » n'avait pour effet que de contrecarrer l'autorité royale, de lui susciter d'interminables tracasseries, sans pouvoir jouer le rôle d'un salutaire modérateur, proposait

(1) *Fragments sur l'origine et l'usage des remontrances* (écrit après 1718), dans les *Œuvres* de D'Aguesseau, Paris, 1759-89, 13 vol. in-4°, t. XIII, p. 553.

(2) *Ibid.*, p. 550. — Cf. p. 553 : « L'ancienneté de cet usage ;... un usage si autorisé pendant le cours de plusieurs siècles » ; etc.

(3) *Ibid.*, p. 536.

(4) D'Argenson, *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France*, Amsterdam, 1784, in-8° (2e éd.), p. 147 ; cet ouvrage était écrit avant 1750 ; première édition, 1764.

une application nouvelle et hardie des anciens principes de la monarchie. Il se montre, dans ce projet, traditionaliste réformateur. Ce qu'il souhaite, c'est une monarchie pure, mais tempérée « à l'aide d'une démocratie bien entendue, qui n'ôte rien à l'autorité (1) ». D'une part, « il n'y a en France qu'un roi et des sujets, parce que c'est une monarchie (2) ». D'autre part, cette monarchie était autrefois tempérée, notamment par les États généraux, et, en raison, la monarchie tempérée par le concours de la nation elle-même apparaît comme le meilleur régime. Que faire donc ? Restaurer les États généraux ? — D'Argenson repousse cette idée : « l'assemblée des États généraux est dangereuse à la monarchie, quoi qu'en dise M. de Boulainvilliers (3) » ; d'ailleurs, « ils ne tiennent point du tout à la constitution de notre monarchie : les premières assemblées nationales, les anciens parlements, les cours plénières, n'y ressemblaient point du tout (4) ». — Est-ce dans la noblesse qu'on trouvera le modérateur cherché ? Pas davantage : « le droit féodal n'est, à tous égards, qu'une usurpation sur la royauté (5). » Quant au Parlement, c'est un simple corps de magistrats (6).

D'une manière générale, ce n'est pas dans un essai de restauration servile du passé qu'il faut, selon d'Argenson, espérer découvrir la solution du problème. Il a même ici un mot très dur : « les savantes recherches sur le droit public, dit-il, ne sont souvent que l'histoire des anciens abus, dont on s'entête mal à propos, quand on s'est donné la peine de les étudier (7) ». On voit que si d'Argenson est traditionaliste, il l'est d'une manière très large. Il entend rester fidèle aux

(1) *Op. cit.*, p. 195.
(2) *Op. cit.*, p. 271.
(3) P. 30.
(4) P. 293.
(5) P. 123.
(6) P. 147.
(7) P. 18. — Il vise sans doute les écrits de Boulainvilliers.

principes de la monarchie, mais en leur faisant produire au besoin des conséquences pratiques nouvelles, — respecter l'essence même de la constitution, mais sans s'attacher obstinément aux formes qui peuvent ne plus correspondre à l'état actuel du royaume. Le principe, c'est que l'autorité royale doit être tempérée par le concours de la nation elle-même, c'est le gouvernement *par très grand conseil.* L'application consistera à organiser dans tout le royaume des *états provinciaux* annuels (1), investis non seulement du droit de répartir dans la province « la part des charges générales du royaume que celle-ci doit supporter (2) », mais de fixer et d'administrer librement le budget particulier de la province ; et ce budget sera considérable, chaque province devant avoir pour son administration locale le plus d'autonomie possible. Ainsi l'impôt provincial, l'administration provinciale, seront substitués dans une large mesure à l'administration royale, à l'impôt royal. Celui-ci, en revanche, ne peut être refusé : d'Argenson « proscrit le mot et l'idée de don gratuit, étant convaincu qu'aucune des provinces, ni même aucun des sujets, ne peut ni ne doit refuser de contribuer aux charges générales de l'État ». La contribution de chaque province sera déterminée par le roi en son conseil. Cependant les États pourront « faire des représentations, s'ils les croient justes et bien fondées » ; le roi se fera un devoir « d'y répondre article par article (3) ».

On voit en quoi consiste, dans ce projet, le tempérament apporté au pouvoir du roi : libertés provinciales, consultations périodiques des sujets par le moyen des états provinciaux (4), à quoi il faut ajouter les « avis » des cours

(1) V. *op. cit.*, p. 195 et s., le projet d'édit dressé par d'Argenson, art. 6.

(2) *Ibid.*, art. 9, p. 208.

(3) *Ibid.*, p. 209.

(4) Le projet de d'Argenson comprend, en outre, l'extinction de ce qui reste des droits féodaux, en tant qu'ils sont une participation à la puis-

souveraines sur les lois nouvelles, soumises à leur « examen » avant l'enregistrement[1]. Le principe monarchique demeure intact : « le droit de faire et d'abroger les lois » continue d'appartenir au roi seul[2] ; quand les observations des cours « auront été reçues, et de nouveau examinées au conseil du roi, les lois seront définitivement promulguées dans une forme impérative, qui exigera un prompt enregistrement et une parfaite exécution[3] » ; l'autorité royale sera « toujours décisive mais toujours éclairée[4] » ; enfin « le soin de rendre la justice appartenant éminemment au roi, seul législateur et premier magistrat du royaume », c'est « en son nom » que ses officiers continueront à la rendre[5]. La réforme proposée ne constituerait donc pas « un changement de gouvernement » : ce sont « les vrais principes de la monarchie, bien développés, bien entendus, bien suivis[6] ».

Il faut, du reste, se garder de donner à cette formule un sens qu'elle n'a pas : d'Argenson l'entend de la monarchie en général. Sa méthode est *rationnelle* bien plus qu'historique : en cela il se distingue des traditionalistes purs. Il est traditionaliste sans le savoir, ou en voulant l'ignorer. Il affecte de dédaigner les enseignements de l'histoire[7], et au fond il les

sance publique, la noblesse ne devant conserver que ses honneurs, — et la suppression de la vénalité des charges, ainsi que d'un grand nombre d'offices.

(1) Art. 21, p. 224.

(2) *Préambule*, p. 196.

(3) Art. 21, p. 224-225.

(4) P. 196.

(5) Art. 18, p. 220.

(6) *Op. cit.*, p. 244.

(7) « La plupart des gouvernements se sont établis au hasard dans des temps de trouble, de conquête et d'ignorance. Ce n'est qu'après bien des épreuves, suites de divers accidents, que se sont formés les différents États de l'Europe... Le gouvernement de France n'a pas été plus exempt qu'un autre de ces variations dans les principes de la monarchie... Mais dans un siècle tel que le nôtre, éclairé par une longue expérience, par les réflexions

saisit mieux que ne l'ont fait, avant ou après lui, Saint-Simon, Boulainvilliers, Le Paige et tant d'autres. Fénelon, à qui on ne peut s'empêcher de le comparer, les estimait plus, et les aurait peut-être moins suivis.

Piganiol de La Force, contemporain de d'Argenson, se contente d'adopter la doctrine de Guy Coquille sans y rien changer, dans son *Introduction à la description de la France et au droit public de ce royaume* (1). Il est donc entièrement dépourvu d'originalité. C'est précisément ce qui le rend intéressant, à cette époque féconde en systèmes contradictoires, où ceux qui affirment le plus leur respect des traditions sont les premiers à les fausser de parti pris (2). Il est assez curieux d'entendre, au milieu du règne de Louis XV, un auteur soutenir une doctrine bien plus favorable aux États généraux qu'au Parlement. S'il reconnaît à celui-ci le droit d'enregistrement et le mérite d'avoir de temps en temps pourvu à la « conservation des lois fondamentales de la monarchie », il ne mentionne même pas la *libre vérification* (3). En matière de régences, de minorités, il donne le pas aux États généraux sur le Parlement (4). En temps ordinaire, ils sont le grand conseil du prince, quand celui-ci juge à propos de les convoquer (5). Piganiol de La Force décrit le droit public de la monarchie tel qu'il était à la fin du XVIe siècle. Il n'ignore

et par la philosophie, il est temps d'adopter un plan d'administration raisonné... » (*Op. cit.*, p. 273.)

(1) Paris, 1752, 2 vol. in-12.

(2) Piganiol de La Force est d'ailleurs, comme Guy Coquille son maître, un traditionaliste teinté de scolastique (pour Guy Coquille, cf. ci-dessus, p. 144) : « Le peuple, dit-il, s'étant dépouillé de tout son droit pour en revêtir le monarque, il s'ensuit que dans un État monarchique les États généraux ne doivent être ordinairement regardés que comme les conseillers du prince... » (*Op. cit.*, t. I, p. 520.)

(3) V. *op. cit.*, t. II, p. 135, 142-143, 157, ce qui est dit des Parlements.

(4) *Op. cit.*, t. I, p. 432, 522, 526, 527.

(5) *Op. cit.*, t. I, p. 520-521.

pas qu'il a subi une éclipse [1] ; mais il ne semble pas douter que ces institutions ne soient toujours, de droit, en vigueur. Il ne dit rien, pourtant, des anciennes libertés communales et provinciales, ni du vote de l'impôt.

D'autres auteurs, Gautier de Sibert [2], Moreau [3], Gin [4], prenant le droit public *dans le dernier état*, acceptent comme définitive la désuétude des États généraux [5] et estiment que le Parlement, par ses remontrances, remplit suffisamment le rôle d'organe de la nation et de modérateur du pouvoir royal [6]. Ils sont donc plus absolutistes, sans admettre cependant l'autocratie pure. Leurs principes restent toujours ceux de Bodin, — sauf en ce qui concerne le libre octroi de l'impôt.

Gin se propose d'établir par l'histoire que les lois fondamentales traditionnelles de la monarchie française correspondent aux « lois fondamentales de la monarchie pure », qu'il ramène à cinq [7] : 1° Unité et plénitude de la puissance publique dans la main d'une seule personne régnant sur un peuple libre. 2° Existence d'un ordre invariable de succession

(1) Il l'ignore si peu que lui-même, dans les premières éditions de sa *Description de la France* (1715 et 1718), considérait par exemple les États généraux comme une institution morte : v. l'éd. de 1718, t. I, p. 206-207. — L'*Introduction* imprimée en 1752 n'est que le développement, entièrement remanié, du tome Ier de la *Nouvelle description de la France* (1718), où l'auteur décrivait le droit public de la monarchie tel que l'avait fait Louis XIV. La comparaison des deux textes est intéressante ; cf. ce qui a été dit, inversement, de l'*Estat de la France*, ci-dessus, p. 186-188.

(2) Gautier de Sibert, *Variations de la Monarchie françoise*, Paris, 1765, 4 vol. in-12.

(3) Moreau, *Les devoirs du prince réduits à un seul principe, ou Discours sur la justice*, Versailles, 1775 ; je renvoie à la 2e édit., Paris, 1782, in-8°.

(4) [Gin], *Les vrais principes du gouvernement françois*, Genève, 1777, in-8°.

(5) Gautier de Sibert, *op. cit.*, t. III, p. 10-11, et t. IV, p. 95 ; — Gin, *op. cit.*, p. 261-262.

(6) Gin, *ibid.* ; — Moreau, *op. cit.*, p. 337-340, 344-346.

(7) *Op. cit.*, p. 28-32 ; *adde* p. 41-44, 47 et 102-106.

à la couronne (en France, hérédité, exclusion des femmes, primogéniture). 3° Nécessité d'une forme constante de publication des lois, et de l'observation des lois par le prince lui-même, tant qu'elles sont en vigueur. 4° « Nécessité d'un conseil destiné à porter aux pieds du trône les vœux et les besoins des peuples, et à prévenir par de sages représentations » les abus de pouvoir ; ce droit, — « droit de représentation, non de résistance » absolue, — « appartient naturellement aux magistrats dépositaires de la loi et chargés de la faire exécuter » ; ils doivent être inamovibles. 5° Exception aux lois précédentes : droit du monarque de déroger aux formes légales quand l'intérêt public l'exige. — Ainsi, indépendamment des lois divines et naturelles, « les lois fondamentales de chaque État, lois qui ne sont écrites dans aucun code, résultent de la nature de la constitution et de la possession ancienne [1] » : en France, ce sont, d'une part les lois générales du régime monarchique (par opposition au despotisme, à l'aristocratie, etc.), d'autre part les usages établis [2] dans lesquels se particularisent ces lois générales : loi salique, inaliénabilité du domaine, droit de remontrances des cours souveraines.

On reconnaît, sans qu'il soit possible de s'y méprendre, les idées de Bodin. C'est de Bodin aussi que s'inspire J.-N. Moreau dans son *Discours sur la Justice*, mais avec plus de liberté. Il y a, dit-il, « des lois essentielles au gouvernement », « que le souverain n'a point faites », « qu'il ne peut ni abroger ni enfreindre ». Elles sont de deux sortes. « Les premières sont la base de toute constitution politique : si elles pouvaient être abrogées, l'homme cesserait d'être gouverné ; il n'y aurait plus d'association civile. Les autres sont essentielles à la constitution qu'elles caractérisent : si elles sont

(1) *Op. cit.*, p. 102.

(2) « Lois auxquelles le souverain ne pourrait donner atteinte sans changer la forme de la constitution » (p. 16).

violées, le gouvernement change, mais il pourra y avoir encore un gouvernement. Ainsi, pour fixer la signification d'un mot dont il est possible d'abuser, je définirai les *lois fondamentales*, les principes qui constituent l'essence de tout gouvernement en général, et les formes qui différencient chaque gouvernement en particulier ; en sorte que, si l'on écartait ces principes, la société cesserait d'avoir une constitution politique, et que, si l'on détruisait ces formes, elle cesserait du moins d'avoir la constitution à laquelle jusque-là elle a dû sa conservation. » C'est ainsi, d'une part, qu'« il est essentiel à tout gouvernement que la vie, l'état, les propriétés de tous les citoyens soient en sûreté sous la sauvegarde des lois... Donc toute innovation qui tendrait à confier soit à la volonté d'un seul homme, soit aux caprices d'un corps, un pouvoir *arbitraire* et *perpétuel* sur la vie, sur l'état et sur les biens de tous, serait destructive de la loi fondamentale de toute société(1). » Si d'autre part on envisage les lois fondamentales particulières, il est, par exemple, « de l'essence de la monarchie française, que toute espèce de pouvoir réside sur la tête du roi seul, et qu'il n'y ait ni corps ni particuliers qui puissent se maintenir dans l'indépendance de son autorité(2). Donc tout système qui aurait pour but de soustraire à son gouvernement un des ordres de l'État, toute opinion qui tendrait à partager, non l'exercice, mais le titre du pouvoir souverain, et à donner au monarque des coopérateurs sans le secours desquels ses efforts seraient toujours impuissants, serait directement contraire aux lois fondamentales du gouvernement français. » De même, « on met en France au nombre des lois fondamentales, celle qui exclut les filles de la couronne ; et l'on a raison : car le prince qui

(1) La « nature » de la souveraineté, dit-il ailleurs, est de faire régner la justice « par des lois générales » (p. 185-186).

(2) Bodin aurait vu ici une loi de *toute* monarchie, et non pas seulement de la monarchie française.

voudrait abroger cette loi, détruirait lui-même l'ordre en vertu duquel il est monté sur le trône. Tout usage qui, remontant à l'origine de la monarchie, n'a jamais été violé, et n'a même été contredit que pour s'affermir encore, doit être regardé comme une règle inaltérable et sacrée...

« Ces deux sortes de lois fondamentales sont les règles du souverain lui-même. Il ne les a point faites ; il ne peut les détruire. Il doit respect aux premières, parce qu'il est obligé de se soumettre à l'ordre de Dieu dont il est le ministre. Il est obligé de maintenir les secondes, parce que la constitution est, entre ses mains, un dépôt dont il n'est que le gardien. Les lois politiques, qui assurent aux États leur forme et leur constitution, sont la règle des princes et des sujets unis par les liens du gouvernement. A cet égard, leur obligation réciproque est même fondée sur la loi naturelle et sur la volonté expresse du Créateur... »

Cependant, les lois fondamentales du second ordre « reçoivent peu à peu des altérations insensibles... Les constitutions politiques et civiles des États sont comme ces monuments antiques élevés par nos ancêtres et consacrés par la vénération immémoriale des peuples. Il est défendu d'y toucher, mais la vétusté les mine peu à peu : on est forcé de les réparer... Quel est donc le devoir du prince et celui des peuples ? » — En règle générale, « prenons la constitution telle qu'elle nous a été transmise et gardons-nous d'y rien innover ; il n'est pas dit que tout dérangement insensible ait été détérioration ;... les changements occasionnés par le temps sont presque toujours produits par les forces naturelles dont les premières sont la raison commune, l'expérience de plusieurs et l'intérêt de tous ». Mais si quelque « réparation » est nécessaire, « n'examinons point ce qu'était le gouvernement dans tel siècle ; cherchons plutôt ce qu'il doit être » [1].

(1) Moreau, *op. cit.*, p. 186-199.

On nous pardonnera la longueur de cette citation. Moreau y exprime très exactement la doctrine officielle de l'ancien régime, et, on peut le dire, le sentiment général de l'ancienne France. Quinze ans après, en 1789, quand s'ouvrit la crise aigüe où la monarchie devait sombrer, Moreau soutint de nouveau les mêmes principes dans son *Exposition et défense de notre constitution monarchique et française* (1).

Il n'augure rien de bon des États généraux. C'est dans le Parlement qu'il voyait, en 1775, et qu'il voit encore le successeur légitime des anciens plaids, de l'ancienne *curia*, comme grand conseil du souverain et comme modérateur du pouvoir. Dans son *Discours sur la justice*, il ne nommait même pas les États généraux, les croyant alors abolis par non usage. En 1789, l'événement lui a donné tort. Mais s'il admet volontiers que « les assemblées nationales, prises comme conseil » ne sont pas inconstitutionnelles, bien qu'elles ne soient point de l'essence de la monarchie française (il reconnaît même qu'une assemblée d'États généraux était devenue indispensable), il les considère cependant « comme l'écueil de la monarchie, toutes les fois qu'on les envisagera comme puissance (2) ». De grandes réformes sont à opérer, sans

(1) *Exposition et défense de notre constitution monarchique et françoise,... où l'on établit qu'il n'est aucun changement utile dans notre administration dont cette constitution même ne nous présente les moyens*, Paris, 1789, 2 vol. in-8°. « Il faut faire, dit-on, de nouvelles lois constitutionnelles. Mais est-ce le roi qui les fera ? Il est lui-même soumis à celles qui ont lié ses ancêtres, et il ne règne que par elles. Sera-ce la nation ? Mais qui l'aura elle-même déliée du devoir de se conformer aux anciennes ?. . Nous ne voyons, dit-on encore, aucune ordonnance qui ne puisse être changée, aucun édit qui ne puisse être révoqué. C'est que la constitution n'est ni un édit, ni une ordonnance, ni une collection de lois qui aient eu besoin de la sanction du prince. Elle est antérieure à tout cela. Tout ce que le roi fait, tout ce que demandent les peuples la supposent. Elle est un dogme, elle est une tradition de doctrine justifiée par une chaîne de faits. » (Tome I, *Préface*, p. XXXIII et suiv. — *Adde*, t. II, p. 184-186, 190-191, 196, 210 et suiv.)

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 100-101, 183-184. — *Adde* la note suivante.

doute ; mais c'est à ses yeux « un axiome » qu'elles doivent trouver leur point d'appui et leur racine « dans les principes et dans les lois de la constitution » monarchique française[1]. Moreau serait partisan d'une réforme décentralisatrice, basée sur l'organisation d'états provinciaux[2], et assez semblable à celle que proposait d'Argenson.

D'autres auteurs encore, à la même époque, défendaient la monarchie en s'appuyant sur les mêmes principes. On peut citer entre autres la brochure intitulée *L'autorité des rois de France est indépendante de tout corps politique*[3], écrite en 1788 contre les prétentions parlementaires, une dernière fois soulevées contre l'autorité royale ; — le *Point de vue sur la constitution de la monarchie française*, par Aublet de Maubuy [4], — l'*Apologie de la constitution française*, de Chaillon de Jonville[5].

Aublet de Maubuy déplore que tant de systèmes contradictoires aient de parti-pris faussé le sens des traditions. « Il en est, dit-il, qui rappellent sans cesse la constitution

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 184-185. — Cf. p. 381 : « Notre gouvernement a toujours été une pure monarchie. Il cessera de l'être si le pouvoir législatif passe aux états. Ainsi, quand même ils deviendraient le conseil essentiel du roi, quand même une commission permanente qui les représenterait, serait désormais son conseil ordinaire, il faudrait encore que ces conseils ne pussent devenir des collègues associés à son autorité ;... la constitution serait changée, s'ils faisaient comme le Parlement d'Angleterre une partie intégrante du souverain. »

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 387 et s., 398 et s.

(3) Amsterdam, 1788, in-8° ; v. notam. p. 67-68. — Attribuée à Ange Goudar.

(4) Paris, 1789, in-8° de XVI-191 p.

(5) S. l., 1789, 2 vol. in-8°. — L'auteur de l'*Essai sur le droit public français* (Londres, 1789, in-8°), se plaçant d'abord sur le terrain purement rationnel, et combinant avec les idées de Bodin celles de Puffendorf sur le transfert de la souveraineté par le peuple, aboutit à un système assez voisin de l'absolutisme philosophique de Hobbes. Par une contradiction assez bizarre, il admet pourtant des lois fondamentales basées sur la tradition : loi salique, droit de remontrances des cours souveraines.

fondamentale, plus pour nous égarer que pour nous éclairer... Ne regardons point pour principes fondamentaux des faits dénaturés, des usages proscrits, qui n'offrent que les tentatives presque toujours infructueuses de corps qui veulent s'agrandir, ou de sujets qui cherchent à se soulever contre l'autorité (1). » N'oublions pas, ajoute-t-il, que la constitution est purement monarchique : les États généraux « n'ont d'autres droits que celui d'exposer les doléances du peuple », et le Parlement celui de faire des remontrances, que le roi lui reconnaît « parce que nous sommes sous un empire modéré (2) ».

Chaillon de Jonville tient à peu près le même langage. Il réfute « les auteurs fanatiques » qui ont voulu appuyer sur quelques faits empruntés à des époques de troubles, « un système créateur de conventions, de lois nationales sous l'autorité et par le consentement du peuple (3) » ; il est particulièrement dur pour le « roman républicain (4) » de Mably.

(1) *Point de vue sur la constitution...*, p. 39 et 180. — C'est dans le même sens qu'Aublet de Maubuy écrit encore : « Ce que nous appelons constitution fondamentale est pour nous un être de raison. Non seulement nos premiers âges, notre première descendance, et ce que nous pourrions appeler notre généalogie politique, a été, est, et sera toujours un problème qu'on ne résoudra que par un système qu'on établira suivant le besoin du moment,... mais quand même on voudrait que nous ayons eu une constitution nationale achevée, confirmée,... on aurait encore à prouver avec plus de difficultés qu'elle nous convient aujourd'hui. » (P. 176-177.) — Cf. ce qui a été dit ci-dessus, p. 247.

(2) *Op. cit.*, p. 136, 138. — Cf. p. 39 : « Il n'y a qu'un maître dans l'État. Il y a ensuite trois ordres consultants, le clergé, le militaire, la magistrature... »

(3) *Apologie de la constitution françoise*, t. II, p. 7. -- Cf. t. I, p. 122, 123, 125-129.

(4) T. II, p. 30. — Cf. t. I, p. VI (*Avant-propos*) : « Je pense que les philosophes ont obscurci les vérités les plus simples ; que les publicistes veulent fonder un nouvel empire ; que quelques nouveaux historiens ne sont pas toujours bien fidèles dans leurs citations, et que d'autres sont outrés dans l'application qu'ils en font » ; — t. I, p. 122-123 : « A bien analyser tous ces écrits, il en résulte, et quelques-uns le disent de la

C'est en effet sur « une possession de treize cents ans [1] » que repose la constitution, et non pas sur un contrat. Elle s'est développée progressivement, mais elle consiste essentiellement en quelques principes invariables, qui sont : 1° Unité du pouvoir : « une autorité unique, absolue, toujours éclairée, presque jamais arbitraire, ... tel a été le principe de ce gouvernement, ... vraie loi fondamentale, non écrite comme la loi salique, mais aussi précieuse qu'elle [2] », — 2° Hérédité masculine; la couronne de France est « une substitution immémoriale »; « les rois n'en sont pas vraiment propriétaires, mais simplement usufruitiers [3] ». — 3° Très grand conseil : cette loi, qui « commande au monarque d'écouter sans cesse ceux qui, par devoir, sont obligés de lui parler sans cesse », « n'est pas moins fondamentale que la loi salique, non déposée comme elle, mais aussi invariable, parce qu'elle a été transmise sans interruption, surtout depuis Charlemagne, et qu'elle est le lien qui unit le roi avec ses sujets [4] ».

Tels sont les principes fondamentaux de la monarchie, — « lois auxquelles les rois ne peuvent déroger [5], » — à quoi il faut ajouter le principe du libre octroi de l'impôt, que Chaillon de Jonville, comme Bodin, fait dériver du droit naturel de propriété des sujets [6]. Les États généraux, qu'il considère comme une institution intégrante de la monarchie, à la différence de Gin ou de Moreau, ont donc une double

manière la plus tranchante et la plus positive, que la nation est seule souveraine, que le pouvoir législatif réside uniquement dans les États généraux... » etc.

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 123. Cf. p. 143, et t. II, p. 154.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 2 ; *adde* p. 24, 69-71, etc.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 134.

(4) *Op. cit.*, t. I, p. 135. — Cf. t. II, p. 95 : « Une autorité unique, sans cesse éclairée, jamais combattue. »

(5) *Op. cit.*, t. I, p. 134.

(6) *Op. cit.*, t. I, p. 116-117, 168.

attribution : voter l'impôt, présenter au roi les doléances et les avis de la nation [1]. Le principe fondamental du grand conseil trouve ainsi sa réalisation à la fois dans les remontrances des États généraux et dans celles des magistrats chargés de l'enregistrement des lois. Si, en effet, le Parlement ne peut avoir la prétention d'être « ce que la plume philosophique de Montesquieu a appelé puissance intermédiaire », s'il a eu raison de renoncer (récemment) à se faire le « représentant » du peuple [2], s'il peut encore moins prétendre au partage du pouvoir législatif par voie de refus irréductible ou de modification des lois soumises à l'enregistrement [3], il n'en est pas moins de principe fondamental que les magistrats peuvent et doivent examiner la loi qui leur est présentée, et faire au roi, avant d'enregistrer, telles remontrances qu'ils jugent utile [4]. « Cette loi est fondamentale, quoique non écrite », et le monarque, par suite, n'a pas le droit « d'anéantir directement ou indirectement, comme l'ont voulu faire les deux derniers ministres, la magistrature française [5] ».

Les lois fondamentales sont donc, aux yeux de Chaillon de Jonville [6], essentiellement traditionnelles. Les principes sont immuables, les formes peuvent changer : « on ne doit jamais, dit-il, toucher à la constitution, mais aussi retoucher sans cesse à l'administration [7]. » Les transformations lentes sont les plus heureuses [8]. Et si des abus

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 163-164, 168 ; t. II, p. 76, 158.
(2) *Op. cit.*, t. I. p. 118, 124.
(3) *Op. cit.*, t. II, p. 18-19.
(4) *Op. cit.*, t. I, p. 140-141. « Dans la monarchie française, dit Chaillon de Jonville en un style d'assez mauvais goût, la bouche des magistrats et l'oreille des princes doivent toujours être ouvertes. »
(5) *Op. cit.*, t. I, p. 136.
(6) V. *op. cit.*, t. II, p. 79 et suiv., le résumé de toute sa théorie.
(7) *Op. cit.*, t. II, p. 154.
(8) *Op. cit.*, t. I, p. 146.

criants appellent des réformes urgentes, qu'on n'oublie pas qu'il faut « réparer au lieu de démolir, corriger au lieu de détruire [1]. »

Nous avons déjà vu comment certains *cahiers* de la noblesse et du tiers état exposaient clairement les mêmes principes, — tout en aboutissant, par suite de fausses vues historiques, à des conclusions destructives des lois fondamentales. D'autres cahiers, parmi ceux de la noblesse, savent en revanche se tenir exactement dans l'ancienne tradition, et proclament l'immutabilité de la constitution purement monarchique de la France. Presque tous les cahiers du clergé sont conçus dans le même sens [2]. Quelques-uns demandent seulement que les lois fondamentales soient rédigées en charte, et que les points douteux soient précisés [3]. D'autres donnent une énumération de « ces lois fondamentales, qui fixent les droits respectifs du roi et de la nation, et auxquelles il ne peut jamais être dérogé [4] ». Tous sont unanimes à demander « que tous les principes qui jusqu'ici ont servi de fondement à la constitution française soient maintenus et conservés [5] ».

Ainsi, abstraction faite des conclusions tirées ou des applications proposées, le principe traditionaliste inspirait encore, en dépit de tous les théoriciens *a priori*, un très grand nombre et peut-être la majorité des cahiers qu'apportaient les députés aux États généraux de 1789. Il n'en devait pas moins succomber, sans doute pour toujours. L'assemblée qui d'États généraux se transforma, de sa propre autorité, en

(1) *Ibid.*

(2) V. pour la noblesse, Prudhomme, *Résumé général des cahiers*, t. II, p. 30-31 (Cotentin), p. 35-36 (Château-Thierry, Gien), etc. — Pour le clergé, *op. cit.*, t. I, p. 110 et s.

(3) V. les cahiers d'Auxerre et de Troyes, *loc. cit.*, p. 114.

(4) Clergé de Paris, *loc. cit.*, p. 110.

(5) Clergé de Laon, *loc. cit.*, p. 112.

constituante et en législatrice, acheva de détruire la constitution déjà bien ébranlée de l'ancienne France. Elle fut impuissante à lui en donner une autre.

Nous touchons au terme de notre étude historique sur les lois fondamentales. Quelques voix cependant se font encore entendre, après 1789, en faveur de l'ancienne tradition. Il faut citer en particulier les auteurs du *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française* (1), ouvrage écrit à Luxembourg, en 1793, par des membres émigrés de l'ancienne magistrature. Voici, d'après eux, comment se forment les constitutions politiques : « Les peuples ont senti la nécessité de se soumettre à une autorité. Les circonstances du moment en ont déterminé l'espèce; les différentes révolutions qu'ils ont éprouvées, l'ont modifiée. L'histoire fournit les époques des changements qu'ils ont subis ; et l'observateur habile, curieux d'examiner les degrés par lesquels ont passé les gouvernements divers avant d'arriver au point où ils sont aujourd'hui, n'est plus étonné de les trouver quelquefois si éloignés de ce qu'ils étaient à l'origine. Son œil attentif a découvert les germes des variations politiques ; mais toujours il a reconnu le caractère primitif des peuples, et ce qu'ont dû produire successivement la religion, le génie et les mœurs.

« Il faut donc chercher la constitution française dans les monuments de l'histoire de France. Elle ne s'est point formée tout à coup : elle a éprouvé, comme celle de tous les peuples, des changements, des modifications, des altérations momentanées ;... mais *ses principes fondamentaux ont toujours été les mêmes...*

« Toujours et dans tous les temps, le monarque éclairé par les avis des ministres de la religion, fort d'une noblesse nombreuse et courageuse, environné d'un conseil nécessaire, consultant même la nation dans les occasions difficiles, a

(1) S. l., 1795, in-8°.

réuni dans ses mains l'exercice de tous les pouvoirs, conformément aux lois fondamentales qu'il a juré d'observer [1]. »

Les magistrats abordent ensuite l'explication de ces lois fondamentales, en les classant d'après leur objet : « la religion, — l'autorité royale, — les États généraux, — la magistrature, — les traités et capitulations des provinces, — la liberté des personnes et la sûreté des propriétés [2] ».

Ainsi, alors que la tête de Louis XVI était tombée sur l'échafaud et que la révolution s'ingéniait à détruire jusqu'aux moindres vestiges du passé, des Français croyaient encore que « l'antique constitution, que des assemblées illégales et séditieuses n'avaient pu abolir, subsistait toujours [3] » : derniers témoins d'une tradition de dix siècles, qui devait avoir encore des défenseurs posthumes, et non des moindres : Joseph de Maistre et Bonald.

---

(1) *Op. cit.*, p. 3-4.

(2) *Op. cit.*, p. 11. — En ce qui concerne les pouvoirs du Parlement, les magistrats soutiennent la vérification *libre* et le droit de refuser les édits : en quoi ils se montrent fidèles aux traditions de leur corps, mais moins fidèles interprètes de la constitution. V. *op. cit.*, p. 63 et s.

(3) P. 11.

CHAPITRE V

Les traits principaux de l'ancienne constitution française

I

Nature des lois fondamentales positives : rejet de la théorie démocratique et de la théorie autocratique.

C'est une histoire d'idées qu'on vient de parcourir. On a pu remarquer que ces théories si diverses en apparence peuvent être réduites, abstraction faite des nuances et des systèmes intermédiaires, à trois concepts principaux, ou, en d'autres termes, que les lois fondamentales *positives* ont été conçues de trois manières différentes :

1° Comme des usages légaux, coutumes traditionnelles s'imposant, au même titre, aux peuples et aux rois ;

2° Comme des actes législatifs émanés de la nation, ou comme des stipulations conclues entre elle et le prince, actes législatifs ou stipulations qu'elle peut toujours révoquer ou modifier ;

3° Comme des lois faites par les rois, et qu'ils peuvent abroger, ou comme des usages reconnus d'eux par une pure concession de leur part, toujours révocable, — sauf exception pour la loi salique, en quelque sorte divinisée, et pour les lois qui tendent à l'avantage et au profit de la royauté (inaliénabilité du domaine, libertés gallicanes).

De ces trois systèmes, que l'on pourrait appeler *traditionaliste*, *démocratique*, *autocratique*, les deux derniers étaient faux : jugement que sans doute on avait déjà pressenti, et sur lequel nous devons maintenant nous expliquer.

Les deux systèmes *démocratique* et *autocratique* étaient faux, parce qu'ils méconnaissaient les réalités historiques sur lesquelles était fondé le droit politique de l'ancienne France. Ils l'étaient et le sont également, croyons-nous, comme thèses générales (1). Nous n'avons à les considérer ici que comme thèses ayant pour objet particulier les lois fondamentales de la monarchie française.

1° *Système démocratique.* — Le système qui prétendait trouver l'origine des lois fondamentales de l'ancienne monarchie dans un acte législatif ou contractuel du peuple était dépourvu de tout fondement réel. De cet acte constituant l'histoire n'offre pas la moindre trace.

Sur l'hypothèse d'un acte *législatif*, il est inutile d'insister. A quelle époque le placer ? Au temps de Hugue Capet ou de Pépin ? Ils ne durent leur élévation au trône qu'à un petit nombre de personnes qui ne se prévalaient aucunement du pouvoir législatif, et ces deux fondateurs de dynastie n'eurent d'autre pensée que de *continuer* la royauté telle que l'avaient faite les dynasties précédentes. — Au temps de Clovis ? Il ne fut qu'un chef de guerre transformé en roi par les événements, par la conquête, et surtout par son baptême. Que ses guerriers francs aient pensé, en le reconnaissant pour leur roi, exercer ce que les modernes appellent *pouvoir constituant*, c'est une idée que personne n'admettra. L'histoire proteste tellement contre une pareille supposition, que ceux-là même qui l'ont soutenue ont été bien empêchés d'alléguer aucun fait positif, et que les tenants du principe de

(1) La monarchie française, à tout le moins, y apporterait une exception qui a son importance.

la souveraineté constituante du peuple furent amenés logiquement à nier que la monarchie française ait jamais eu des lois fondamentales.

L'hypothèse du *contrat* paraît d'abord plus acceptable. Il existe en effet des obligations réciproques entre le roi et les sujets : d'une part, dette de justice, de protection, de conservation des lois fondamentales ; d'autre part, dette de respect et de soumission. Bien plus, à chaque nouveau règne, une promesse solennelle du prince qui reçoit la couronne, une promesse solennelle du peuple qui le reconnaît pour roi, échangées au moment du sacre, viennent, dit-on, renouveler et confirmer le contrat primitif par lequel la nation a confié le pouvoir à la famille royale, et ce nouveau pacte, image du premier, en est la preuve indéniable (1).

Cette hypothèse n'est guère mieux fondée que la précédente.. Il faut d'abord remarquer que des obligations réciproques ne supposent pas nécessairement un pacte. Les obligations réciproques du père et des enfants ne dérivent pas d'un contrat : elles dérivent de la nature. De même les lois fondamentales que nous avons appelées *essentielles*, — que la royauté est une fonction de justice, de protection, etc., que les sujets lui doivent en retour obéissance et subsides, — ces lois qui découlent de la nature de la souveraineté, ne sont pas plus l'effet d'un contrat que l'existence elle-même de la souveraineté et de la société. L'état de société est un fait, et un fait nécessaire pour l'homme. Une société organisée suppose nécessairement une autorité souveraine, dont les lois *essentielles* sont déterminées par sa fin. Quand donc le prince

(1) Cette hypothèse a eu de nombreux partisans : v. ci-dessus Claude Joly, les *Maximes du droit public français*, le *Sacre royal*, etc. Des auteurs modernes l'ont encore admise : v. par ex. Vte G. d'Avenel, *Richelieu et la Monarchie absolue* (2e édit., Paris, 1895, 4 vol. in-8°), t. I, p. 7 : « La monarchie repose à l'origine sur un contrat, et point sur autre chose ; ce contrat est la loi même de la monarchie. »

d'une part, les sujets d'autre part, se promettent réciproquement d'observer ces lois essentielles, ils reconnaissent et confirment des obligations préexistantes, ils ne font pas un pacte, ils ne créent pas librement des obligations nouvelles.

L'obligation réciproque d'observer les lois fondamentales *positives* ne résulte pas davantage d'un contrat. Où, quand, et comment fut passée la convention qui établit l'hérédité monarchique, l'inaliénabilité du domaine, le principe du « très grand conseil », le droit de remontrances du Parlement ? Les *Maximes du droit public français*, on l'a vu, essayent de tourner la difficulté en disant « qu'il n'est point nécessaire... de rapporter la convention originaire rédigée par écrit », et « que la réalité des lois fondamentales », et par conséquent du contrat qui les a établies, « doit passer pour constante lorsqu'elle a pour base une tradition suivie qui les a transmises de siècle en siècle [1] ». La réponse n'est pas satisfaisante. Si une tradition constante et ancienne rapportait qu'à l'origine les lois fondamentales ont été le résultat d'un contrat, cette tradition pourrait bien servir de preuve à ce contrat et dispenser de présenter l'*instrumentum* lui-même. Mais si au contraire, comme c'est le cas, la tradition atteste seulement l'existence de certaines règles admises comme fondamentales, ou si elle ne commence à parler de contrat qu'à une époque déjà tardive, après plusieurs siècles passés sans qu'il en soit question, il est bien évident que cette tradition ne prouve pas l'existence du prétendu contrat initial ; elle atteste seulement la *fondamentalité* de ces lois politiques coutumières.

Et puis, supposé que les conditions d'exercice du pouvoir royal aient été librement débattues entre les rois et la nation, il est une première loi fondamentale qui ne peut avoir son origine dans un contrat : c'est le principe monarchique lui-

(1) Tome II, p. 285-286. Cf. ci-dessus, p. 242-243.

même. Pour contracter avec un roi, il faut d'abord qu'il y en ait un. Quand est-ce donc qu'on a décrété la forme monarchique de l'État ? Sur ce point au moins, l'hypothèse du contrat se ramène à celle d'une loi primitive faite par le peuple.

Quant à l'objection tirée des promesses du sacre, elle n'a aucune portée. Le prince, à son avènement, trouve l'exercice du pouvoir organisé selon certaines lois coutumières. Or, dans un état politique comme l'ancienne France, surtout aux premiers siècles, où le droit est presque entièrement coutumier, où le rôle du souverain pouvoir est moins de faire ou de changer la loi que de veiller à sa conservation, le prince est obligé, en vertu de la loi essentielle de justice, et même s'il ne fait aucune promesse solennelle, de maintenir en particulier les coutumes du droit politique. Ici encore, le serment du sacre vient donc seulement confirmer une obligation préexistante. L'échange des promesses ne constitue pas un pacte créant les lois fondamentales. Tout au plus pourrait-on soutenir que le serment du prince est la condition à laquelle est subordonnée l'acceptation de telle personne pour roi. Mais alors il ne s'agit plus de l'origine et de la nature des lois fondamentales, il s'agit de leur application.

Il n'y a qu'une sorte de lois politiques, dans l'ancienne monarchie, qui soient l'effet d'un contrat : ce sont les statuts particuliers de certaines provinces, stipulés par exemple dans les traités d'annexion. Mais qui ne voit que ces statuts particuliers ne sont pas les lois fondamentales du royaume, qu'ils leur sont, en quelque sorte, extérieurs, et ne s'y rattachent qu'en ce que le prince est obligé de les maintenir en vertu de la loi de justice? Encore ne faut-il pas oublier que les privilèges locaux, les libertés municipales et provinciales, si divers avant le XVII[e] siècle, n'ont souvent d'autre fondement qu'une tradition ancienne.

En somme, l'hypothèse de l'origine *contractuelle* des lois

fondamentales, et l'hypothèse de leur origine législative, sont assez voisines : dans l'une comme dans l'autre, on veut que la nation ait établi *librement* sa constitution. Elles ne diffèrent que sur le *mode* qu'on suppose avoir été adopté, ici un acte unilatéral, et là une convention (1). Toutes deux sont en contradiction flagrante avec l'histoire. C'est en vain qu'on chercherait, aux origines de la monarchie, une assemblée *constituante*. Les lois fondamentales se sont faites, on ne les a pas faites. Les lois politiques nouvelles qui apparaissent au cours des siècles, telles que la loi d'exclusion des descendants par les femmes, ou la loi de majorité (ordonnance de Charles V), ou la loi de catholicité (édit de 1588), ne sont que des applications, ou des développements, ou de simples reconnaissances de traditions positives déjà existantes ou de principes fondamentaux de la constitution. Ce point sera traité ailleurs, quand on examinera la théorie traditionaliste.

2° *Système autocratique.* — Il implique la négation de toutes lois fondamentales positives, et en cela méconnaît, lui aussi, le vrai caractère de la monarchie française, telle, du moins, qu'elle fut jusqu'à Richelieu. On sait quel était, aux premiers âges, l'empire de la coutume ; le droit politique (2),

(1) Elles se ressemblent aussi par leurs effets. Dans l'une comme dans l'autre, le peuple est constitué juge perpétuel du prince. Si on suppose un mandat, qu'il soit légal ou qu'il soit contractuel, la nation est juge des actes de son mandataire. Si on suppose un autre contrat, par exemple une *aliénation* de la souveraineté ou de son exercice, qui jugera si le prince exécute bien les clauses stipulées ? La nation, nécessairement. Ainsi il n'est pas un acte du prince qui ne tombe sous la juridiction du peuple. On n'évite cette conséquence, dans l'hypothèse du contrat, qu'en admettant une aliénation pure et simple de la souveraineté, sans conditions : mais alors, selon cette théorie, il n'y a plus de lois fondamentales, du moins positives.

(2) La partie du droit public correspondant à ce que nous appellerions aujourd'hui le droit administratif et le droit pénal, forme au contraire le domaine où le pouvoir législatif du prince s'exerce alors avec le plus d'activité.

qui alors ne se différencie guère du droit privé, est comme lui régi par les usages traditionnels. Plus tard, aux temps féodaux, c'est encore la coutume, la tradition, qui fixe les grandes règles du droit (1), les *lois du royaume* aussi bien que le droit privé. On peut dire que jusqu'à la fin du xve siècle, l'idée que c'est la royauté qui a créé ces lois du royaume, en vertu de son pouvoir législatif, et qu'il dépend absolument d'elle de les maintenir ou de les abroger, est aussi étrangère aux rois qu'aux sujets : qu'on veuille bien se reporter au premier chapitre de ce livre. Non pas que les rois n'aient jamais fait de lois politiques, — ainsi l'ordonnance de Charles V sur la majorité, celle de Charles VI sur la régence. Mais ces lois ne sont que des développements ou des modifications accidentelles d'un fond substantiel considéré comme intangible. Ce n'est guère qu'au xvie siècle que se répand la théorie autocratique ; c'est seulement au xviie qu'elle passe dans la réalité, ou qu'elle essaie d'y passer. L'exemple de Louis XIV voulant habiliter ses bâtards légitimés à succéder à la couronne, chose inouïe jusqu'alors, et qu'aucun roi (2) n'avait crue même possible, cet exemple peut donner une idée de la différence qu'il y a entre la monarchie autocratique et l'absolutisme modéré qui était la vraie constitution française. Quels que soient même les progrès du despotisme aux deux derniers siècles, la royauté ne fait pas difficulté de reconnaître et d'affirmer encore, à l'occasion, qu'il y a des lois fondamentales positives qui s'imposent à elle (3). Le Régent, au nom de Louis XV, dans l'édit de juillet 1717 (4), les proclame et en fait l'application. Louis XV lui-même déclare qu'il entend régner « par la justice et *par l'observation des règles et des*

(1) Cf. P. Viollet, *Hist. inst. pol.*, t. I, p. 281-283 et t. II, p. 199-201.
(2) Au moins depuis le commencement du ixe siècle ; cf. *infra*, p. 298.
(3) Pour Louis XIV, v. *supra*, p. 189.
(4) V. le texte, *supra*, p. 198-199.

formes sagement établies dans son royaume [1] », il affirme son respect pour « les lois fondamentales, ces lois qui sont gravées dans le cœur de tout bon français *et que le roi ne peut changer* [2] », « principes avoués et défendus par nos pères, et consacrés dans les monuments de notre histoire [3] ». Louis XVI enfin, de la part de qui une telle déclaration étonnera beaucoup moins, répond au Parlement, à propos d'un édit nouveau sur lequel on lui avait présenté des remontrances, qu'il le maintient parce que cet édit « ne contient rien qui porte atteinte aux *lois primordiales qui ne sauraient être changées* [4] ».

Quelles étaient donc ces lois fondamentales, dira-t-on, et quelle valeur peut-on leur attribuer, si les monarques les plus despotiques pouvaient encore se vanter de les respecter, et si elles n'ont pas empêché ce que vous appelez l'absolutisme modéré de tourner à l'autocratie pure ? — A cela on pourrait d'abord répondre que les principes ne sont jamais mieux affirmés que quand ils sont violés, sciemment ou non. Mais la solution de la difficulté ressortira, ici encore, d'un examen critique du traditionalisme.

---

(1) *Déclaration* du 21 novembre 176., citée par le Parlement dans ses remontrances du 18 janvier 1764 (Flammermont, *Remontr.*, t. II, p. 432).

(2) Paroles du chancelier, au nom du roi, au lit de justice du 13 avril 1771, dans Flammermont, *Remontr.*, t. III, p. 191. — Louis XV, dans l'édit de février 1771, fait déjà allusion à « ces institutions qu'il est dans l'heureuse impuissance de changer ». (Isambert, t. XXII, p. 513.)

(3) Paroles du chancelier, au nom du roi, au lit de justice du 7 décembre 1770, dans Flammermont, *Remontr.*, t. III, p. 163-164.

(4) Flammermont, *Remontr.*, t. III, p. 265.

II

Le traditionalisme.

Le traditionalisme politique peut se résumer en ces quelques propositions :

1° Les lois fondamentales de la monarchie française sont des coutumes, des usages, une tradition. La forme monarchique de l'État, l'hérédité ; le rôle politique des États généraux, du Parlement, etc., n'ont leur source ni dans une volonté constituante de la nation, ni dans une volonté constituante du prince, ni dans un pacte.

2° Les lois fondamentales consistant en certaines traditions, la stabilité de l'État dépend de la conservation fidèle de ces traditions.

3° Toutes les lois politiques ne sont pas également fondamentales. Les institutions politiques, du moins certaines d'entre elles, n'ont pas toujours été les mêmes ; l'organisme de l'État semble, à première vue, s'être complètement transformé au cours des siècles. Il y a cependant un fond permanent, consistant plutôt en principes fondamentaux, dont plusieurs des lois positives dites fondamentales ne sont que l'application, le développement, ou le complément accidentel. — Il ne faut d'ailleurs pas confondre ces principes fondamentaux, particuliers à la monarchie française, avec les lois fondamentales essentielles de tout gouvernement. — On peut les nommer *lois fondamentales naturelles*, ou *constitution naturelle* de la monarchie française.

4° En effet, ce fond permanent, *substantiel*, cette partie la plus fondamentale de la constitution, n'est pas l'œuvre libre des hommes. Ce n'est pas Clovis, ce n'est pas Charlemagne, qui ont *constitué* la monarchie ; ce ne sont pas non plus leurs

Francs ; ou plutôt c'est eux tous, et ce sont encore les innombrables faits, la multitude des circonstances, le climat, la race, la religion [1].

5° Il s'ensuit qu'il n'est au pouvoir, ni du peuple, ni du roi, de changer la constitution. Porter atteinte à ses principes fondamentaux serait faire œuvre purement destructive. Le roi et la nation l'ont toujours ainsi compris. Ce *consensus* n'est pas un pacte contractuel, mais une même fidélité à la tradition.

6° Les lois fondamentales essentielles ou générales, la constitution naturelle, les lois fondamentales positives, déterminent les pouvoirs du prince et les droits des sujets.

7° Les lois fondamentales *essentielles* peuvent se formuler ainsi :

La nation est un ensemble de *familles*.

L'autorité souveraine a pour fin l'intérêt général de la nation ; elle comprend le pouvoir de faire des lois et le pouvoir de juger.

Elle doit respecter les droits naturels des particuliers (liberté, propriété); il ne lui est permis d'y porter atteinte qu'autant qu'il est *nécessaire* pour l'intérêt général.

Elle doit se conformer aux lois fondamentales positives.

Le ou les hommes qui possèdent l'autorité souveraine en sont responsables à Dieu.

Les sujets leur doivent respect et soumission.

8° Lois fondamentales *naturelles* :

L'état est une monarchie pure : le souverain pouvoir y est *un* et appartient au roi seul.

La royauté est héréditaire; les femmes en sont exclues.

Le roi de France est catholique.

(1) On voit ce qu'il y a d'excessif dans la théorie de Du Haillan ou de Loyseau, qui placent dans l'*usurpation prescrite* l'origine des lois qui fondent la souveraineté. La coutume repose sur des faits qui créent le droit ; la prescription couvre des faits qui contredisent le droit.

Il gouverne « par très grand conseil », c'est-à-dire avec le concours subordonné d'une partie plus ou moins grande, plus ou moins représentative, de la nation.

La nation se partage en *ordres* distincts.

Les provinces et les communautés d'habitants jouissent d'une certaine autonomie.

9° Les lois fondamentales *positives* comprennent, d'abord les lois fondamentales naturelles, qui sont les plus fondamentales, et ensuite un certain nombre de lois politiques, qui sont, soit des développements, soit des applications, soit des compléments des premières, ayant leur source soit dans les faits et la coutume, soit dans la volonté législative du roi. Ces lois fondamentales de second ordre, qu'on pourrait appeler lois fondamentales *secondaires*, n'ont pas toujours la même immutabilité que les premières.

10° On peut réunir maintenant les lois fondamentales *naturelles* et les lois fondamentales *secondaires* en un tableau d'ensemble des lois fondamentales positives telles qu'elles étaient à la fin du XVIe siècle.

L'état est une monarchie pure : le souverain pouvoir y est *un*, et appartient au roi seul.

La royauté est héréditaire, ou plutôt *quasi-héréditaire*, en vertu d'une loi de succession qui lui est propre. Elle est déférée sans partage, à l'ainé des enfants mâles du roi prédécédé, ou au plus prochain lignager ; la représentation est admise, en suivant l'ordre de primogéniture ; les femmes, les descendants par les femmes, les bâtards et leurs descendants en sont exclus ; en sont exclus également les princes régnant à l'étranger, dont l'avènement à la couronne ferait passer le royaume sous la domination étrangère. Les princes de la famille royale ne peuvent se marier sans le consentement du roi. — Le roi ne peut disposer de la couronne, ni entre vifs ni par testament. — Le domaine de la couronne est inaliénable. — Les biens propres du prince qui monte sur le trône,

s'il en a, se confondent avec le domaine de la couronne. — Le roi est majeur à treize ans et un jour. — En cas de minorité, d'absence ou de folie du roi, un régent gouverne le royaume en son nom, c'est-à-dire sans pouvoirs propres. Le roi, en prévision de la minorité de son successeur, ou de sa propre absence, peut prendre des dispositions en vue de la régence. S'il ne l'a pas fait, la régence est, en principe, attribuée au successeur présomptif du roi mineur, absent ou fou. — Le roi ne meurt jamais.

Le roi de France est catholique. — Il revendique cependant pour son royaume, sous le nom de *libertés gallicanes*, une certaine indépendance à l'égard du Saint-Siège.

Il gouverne « par très grand conseil », c'est-à-dire avec le concours subordonné d'une partie plus ou moins grande, plus ou moins représentative de la nation. Les *plaids* carolingiens, la *cour* des premiers capétiens, enfin les États généraux, les États provinciaux et le Parlement, ont été successivement la réalisation de ce principe. — Les États généraux sont assemblés par le roi dans les circonstances les plus graves. Ils lui doivent *conseil* et *aide* : ils remplissent ce double rôle en présentant leurs avis, doléances, propositions, et en consentant les impôts nécessaires. Quelquefois, le roi convoque des assemblées moins nombreuses, dites assemblées de notables. — Le Parlement, chargé de l'enregistrement et de la conservation des lois, a le droit de présenter au roi des remontrances avant d'enregistrer les édits, ordonnances, etc., qui lui sont envoyés. Il doit, de plus, donner conseil au roi quand celui-ci le demande. Les magistrats, aussi bien comme conseillers du prince que comme ses délégués à l'administration de la justice, sont inamovibles. — En aucun cas, la résistance des États généraux ou du Parlement ne peut aller jusqu'à opposer à l'autorité souveraine une obstruction absolue, un *veto* irréductible. —

Comme *juges*, les magistrats ont cependant une indépendance absolue.

La nation se partage en *ordres* distincts. Dans les grands conseils nationaux appelés États généraux, et dans les États provinciaux, les avis sont donnés par *ordres*.

Il y a des libertés provinciales et communales ou locales. Les statuts particuliers ou les coutumes des provinces, des communes ou des communautés d'habitants en déterminent l'étendue.

Ce résumé représente, nous semble-t-il, assez exactement le traditionalisme, tel que l'ont conçu la plupart des théoriciens de cette école, et tel qu'il ressort de la réalité elle-même. La plupart des propositions énoncées demandent quelques explications, qui vont être groupées en un examen synthétique de l'ancienne monarchie.

III

L'État. — La souveraineté. — La nation : la famille ; les ordres.

La notion de l'État n'a pas manqué à l'ancien régime, pas même au moyen âge, comme on serait parfois tenté de le croire. Mais l'ancienne France, du moins jusqu'au xvi[e] siècle, a conçu l'*État* d'une manière différente et, à notre avis, plus vraie, que souvent les modernes ne le font. L'État, alors, *respublica*, c'était la chose publique : c'était une *chose*, et non pas une personne. L'expression *respublica* est fréquente chez les écrivains politiques du moyen âge, dès le ix[e] siècle [(1)], et

(1) « In tantam denique respublica felicitatem Aquitanici profecerat regni » (L'Astronome, 19, dans Pertz, *Script.*, t. II, p. 617). « Pro sanctæ Dei ecclesiæ statu reique publicæ gubernatione » (Diplôme de 982, dans R. de Lasteyrie, *Cartul. général de Paris*, t. I, p. 94, n° 86). — « Quæren-

peut-être avant : elle signifie chez eux, à la fois l'ensemble des intérêts collectifs de la nation, et l'organisme politique lui-même. C'est un souvenir de l'empire romain ; mais en héritant de ce mot, le moyen âge en modifia le sens. La *respublica* n'est plus une personne morale, la personnification de la nation elle-même ; elle est, si l'on veut, une sorte de corps, mais un corps sans âme. L'âme qui anime ce corps, c'est la souveraineté, et la souveraineté est considérée comme quelque chose de *personnel*, d'intelligent et de libre, qui ne peut appartenir qu'à la personne humaine, dans la monarchie au prince. L'idée de la souveraineté de l'État est étrangère au moyen âge, au moins avant la renaissance de la politique aristotélicienne. Il ne conçoit pas ce souverain impersonnel, cette abstraction, cet être illusoire au nom duquel les souverains effectifs gouverneraient. La souveraineté est essentiellement distincte de l'État (*respublica*).

Cette conception de l'État et de la souveraineté resta celle de l'ancien régime, tant qu'il conserva son esprit propre. Mais la théorie scolastique de la souveraineté nationale devait l'altérer progressivement, comme elle altérait la notion primitive des lois fondamentales. Tandis que la

dum multa deliberatione fuit, qui ejus vices regno suppleret, ne respublica, absque gubernatore neglecta, labefactaretur » (Richer, liv. IV, c. 11, éd. Waitz, p. 132. — Citations empruntées à Viollet, *Hist. Inst. pol.*, t. I, p. 281 n. 1, et à Luchaire, *Hist. Inst. mon.*, t. I, p. 33 n. 1). — « Habent enim reges et reipublicæ ministri leges quibus... regere debent... » (Hincmar, *De ordine palatii*, VIII). — « Ad dispensationem reipublicæ et utilitatem ecclesiarum... » (Abbon, *Canones*, III ; dans *Patrol. lat.*, t. 139, col. 477). — « Non rempublicam gerere criminosum est, sed ideo gerere rempublicam ut rem familiarem et divitias potius augeas, videtur esse damnabile » (Ive de Chartres, *Panormia*, VIII, 60, texte tiré de saint Augustin). — « ... Regibus, quibus omnipotens Creator humanam rempublicam regendam distribuit... » (Charte de Philippe I[er], en 1068, dans Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 45 n. 2). — « ... In reipublicæ muneribus exercendis... » (Jean de Salisbury, *Polycraticus*, lib. IV, cap. 1 ; *Patrol. lat.*, t. 199, col. 513) ; — etc. A partir du XIII[e] siècle, on pourrait multiplier les citations à l'infini.

royauté, — et, on peut le dire, l'ensemble de l'ancienne France, — persistent à concevoir une souveraineté personnelle, délégation du pouvoir divin ayant pour objet le gouvernement de la société temporelle (1), la notion d'une souveraineté impersonnelle ayant pour sujet la multitude et dont l'exercice seul est confié au prince, la théorie de l'État souverain se constitue peu à peu. Bodin ne l'admet pas encore ; les définitions qu'il donne de la « république » et de la souveraineté (2) ne doivent pas faire illusion à cet égard ; et la manière dont il décrit l'autorité royale (3) montre bien qu'il la considère comme essentiellement personnelle et distincte de la « république ». Mais chez Loyseau la confusion se réalise : il définit la souveraineté « la propre seigneurie de l'État », « l'État et la souveraineté prise *in concreto* sont synonymes (4) ». Va-t-il donc y avoir deux souverains, le roi et l'État ? Il ne reste plus au roi que le choix entre deux partis : renoncer à la souveraineté et se résigner à une sorte de gérance, ou dire : l'État, c'est moi. L'un et l'autre répugnent également à la constitution de l'ancienne monarchie.

Dans l'ancienne France, le roi souverain et la nation forment le royaume, l'État : on ne conçoit pas plus le royaume sans le roi, que le roi sans le royaume. La conception scolastique qui oppose l'un à l'autre, et imagine abstraitement que le royaume existe avant le roi, est une conception étrangère

(1) Et inférieure, à raison même de son objet et de sa fin, à la souveraineté spirituelle.

(2) « République est un droit gouvernement de plusieurs mesnages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine » (*République*, liv. I, ch. 1, au commencement). — « La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une république » (liv. I, ch. 8, p. 122) : il faut entendre, *dans* une république.

(3) V. ci-dessus, p. 114 et s., avec les notes.

(4) V. *supra*, p. 152. — Loyseau essaye encore de combiner cette idée avec celle de la souveraineté personnelle : on a vu à quelle théorie boiteuse il aboutit.

au véritable esprit de la monarchie, et un des germes de mort qui devaient causer sa ruine. Le royaume n'est d'ailleurs pas plus la chose du roi, que le roi n'est le commis du royaume. Ils sont les deux éléments d'un tout; intimement unis l'un à l'autre, inséparables l'un de l'autre, chacun y a sa fonction propre.

Le roi est le *chef*, au sens latin. En lui seul réside la souveraineté. Ce n'est pas pour lui-même qu'il est revêtu de ce ministère, de ce sacerdoce : c'est pour le plus grand bien de la nation qui lui est soumise. Non pas qu'on se figure que l'intérêt national s'identifie nécessairement avec l'intérêt dynastique, comme l'ont cru certains interprètes modernes. Ce n'est pas mécaniquement que la prospérité de l'État est procurée. La souveraineté est essentiellement une volonté libre, agissant pour des motifs moraux. « La fonction royale, dit très bien Philippe Auguste dans son testament, consiste à pourvoir par tous les moyens au bien des sujets, et à préférer l'intérêt public à son intérêt particulier[1]. » Ce n'est cependant pas, au pied de la lettre, « par tous les moyens », que le roi pourvoit au bien public : car il y a certaines règles traditionnelles de gouvernement qui s'imposent à lui.

L'autre élément de l'État, l'État moins la souveraineté, l'État proprement dit, c'est l'organisme national, c'est-à-dire un composé de *familles*, avec le patrimoine commun, l'ensemble des intérêts matériels et moraux de la nation. La définition de Bodin[2] exprime très exactement la pensée de

(1) « Officium regium est subjectorum commodis, modis omnibus, providere, et suæ utilitati privatæ publicam anteferre. » (En 1190. *Ordonn.*, t. 1, p. 19.)

(2) V. *supra*, p. 285, n. 2. — Rapprocher cet autre passage : « La famille est une communauté naturelle, le collège est une communauté civile... Et l'origine des corps et collèges est venue de la famille, comme du tige principal... De plusieurs lignées et familles unies ensemble se faisoit une

l'ancienne France : l'unité sociale y est la famille (1), — la famille naturelle ou la corporation, — et non l'individu. Le droit privé assure la stabilité et, autant qu'il le peut, la perpétuité de la famille. Le droit public considère l'État lui-même comme une grande famille dont le roi est le père, et qui se divise en trois branches : le clergé, la noblesse, le tiers état.

C'est une loi fondamentale du royaume qu'il y ait des ordres distincts. La dispersion des Francs, après la conquête, ne permit plus qu'aux plus riches, à une aristocratie, de prendre part aux assemblées politiques; peu après, le clergé, les évêques, y entrent comme partie intégrante : voilà les deux premiers ordres de l'État : d'une part, les *seniores*, le *senatus francorum*, les *majores natu francorum*, dont certains, comme les comtes, sont en même temps des fonctionnaires ; d'autre part, les évêques et les abbés (2). Il est à

république par le moyen de la puissance souveraine. » (Liv. III, ch. 7, p. 474, 476.)

(1) *Mesnage, mesnie, maison* : termes à peu près synonymes qui désignent l'ensemble de la famille.

(2) « In quo placito generalitas universorum *majorum tam clericorum quam laïcorum* conveniebat : *seniores*, propter consilium ordinandum; *minores*, propter idem consilium suscipiendum et interdum pariter tractandum... Aliud placitum cum senioribus tantum et præcipuis consiliariis habebatur... » (Hincmar, *De ordine palatii*, XXIX, XXX.) Les enceintes réservées aux grands (*seniorum susceptacula*) étaient séparées en deux parties, l'une réservée aux « episcopi, abbates, vel hujusmodi honorificentiores clerici », l'autre aux « comites vel hujusmodi principes » (*op. cit.*, XXXV). Il ne faudrait pas, du reste, s'imaginer deux chambres, comme il y en eut lorsque les États généraux eurent atteint leur entier développement. — « ... Qualiter nos in Dei nomine unacum consensu *episcoporum sive sacerdotum vel servorum Dei* consilio, seu *comitibus et optimatibus francorum* conloqui... » etc. (Capitulaire de Pépin, en 744; Baluze, I, col. 155-157 ; Boretius, I, p. 29). — « Karolus fecit conventum magnum populi apud Aquis palatium. De omni regno et imperio suo convenerunt *episcopi, abbates, comites, presbyteri, diaconi et senatus francorum* ad imperatorem in Aquis. » (*Chronicon Moissiacense*, anno 813). « Jussit (imperator) esse ibi conventum populi de omni regno,... id est *episcopos, abbates, sive*

remarquer d'ailleurs que les *placita*, les *conventus* de l'époque franque ne sont pas composés exclusivement d'éléments aristocratiques : on y rencontre des laïques *minores*, et, du côté du clergé, de simples clercs. Bien entendu, les grands, laïques ou ecclésiastiques, y jouent seuls un rôle important. Plus tard, à l'époque de l'anarchie féodale, ce germe de tiers état disparaît complètement. Sous les premiers capétiens, les évêques et les barons (*episcopi et barones, episcopi et optimates*) composent seuls la *cour* du roi. Cependant, dès le commencement du XIIe siècle, les bourgeois apparaissent dans les assemblées et surtout dans le conseil privé du souverain. Leur participation *en corps* aux États généraux sous Philippe le Bel marque la dernière phase du progrès accompli par eux, au moyen âge, dans l'ordre politique (1). Voilà donc les trois ordres constitués : ils ont chacun dans l'État leur fonction propre, et leurs intérêts propres (2). Ils y ont aussi chacun leur rang : l'ancienne France ne conçoit pas une société, un royaume sans hiérarchie. Néanmoins, l'avis du tiers a autant de poids, dans les assemblées d'états, que celui des deux premiers ordres ; une coalition des deux ordres privilégiés ne peut même pas préjudicier au troisième, car il est de principe traditionnel que l'opinion de deux des ordres, — quels qu'ils soient, — ne peut lier le troisième (3).

---

comites et majores natu francorum » (*ibidem*, anno 817. — Dans Pertz, *Scriptores*, t. I, p. 310 et 312).

(1) Luchaire, *Hist. Inst. mon.*, t. I, p. 254 avec la note 9, et p. 259-260.

(2) Cette conception est commune aux trois ordres : le tiers, aux États de 1576, s'exprime en ces termes : « Les états du royaume doivent être distincts et séparés, sans que les uns entreprennent sur les autres : à l'état ecclésiastique appartient de faire le service divin, à l'état de la noblesse de porter les armes, et au tiers état la marchandise. » (*Cahier* du tiers, 317, dans Picot, *Histoire des États généraux*, 2e édit., Paris, 1888, 5 vol. in-16, t. III, p. 324).

(3) Cf. Picot, *op. cit.*, t. I, p. 99 ; t. III, p. 60 et 65 ; t. V, p. 149.

IV

Le principe monarchique et la loi d'unité de pouvoir. — Le droit divin ; la loi de catholicité. — L'hérédité et la loi de succession. — Minorités et régences.

Il est à peine besoin de dire que le principe monarchique est une loi fondamentale de l'ancien régime. Il en est une loi fondamentale *naturelle* : car il n'a jamais été décrété par personne ; il l'est même tellement que pendant longtemps on l'a considéré comme une loi fondamentale *essentielle* de la société chrétienne (1). C'est enfin l'attachement inébranlable de l'ancienne France à la monarchie et à ses rois, qui a fait toute la force et toute la grandeur de l'une et de l'autre. Il est absolument impossible de concevoir l'une sans l'autre.

Le principe monarchique, dans l'esprit du moyen âge et de tout l'ancien régime, implique *l'unité* de pouvoir : la souveraineté est indivisible, et dans la monarchie elle appartient au roi seul. Ce n'est pas l'autocratie des deux derniers siècles qui a inspiré cette théorie : on a vu qu'elle remonte pour le moins aux temps carolingiens. L'unité de pouvoir découle de la nature même de la souveraineté, conçue par l'ancienne France comme un ministère de droit divin. Le roi est souverain juge, et législateur, parce qu'il est le représentant de Dieu dans la société temporelle pour y faire régner la justice. On verra plus loin quels tempéraments modèrent cette absolue autorité. Nous ne faisons que résumer les témoignages recueillis au cours de cette étude, en disant ici que l'unité de pouvoir est une loi fondamentale naturelle de l'ancien régime.

C'est aussi parce que la royauté est considérée comme un

(1) V. *supra*, chap. Ier.

ministère de droit divin, que le roi de France doit être *catholique*. On sait quelle part revient aux évêques, à l'Église, dans la formation de la monarchie française ; on l'a vu particulièrement, au premier chapitre de ce livre, en ce qui concerne l'esprit, les principes directeurs de cette monarchie. Elle a été dès l'origine fortement imprégnée de catholicisme. Au VIe siècle, la royauté mérovingienne, seule catholique au milieu des autres royaumes barbares des Wisigoths et des Burgondes tombés dans l'arianisme, assure le triomphe du catholicisme en Occident. La royauté et le royaume restèrent toujours pénétrés du même esprit dans le plus intime de leur vie, et leur fidélité à l'Église ne se démentit jamais. La royauté, dans l'ancienne France, est un ministère à demi religieux dont chaque prince, à son avènement, est investi, sinon par l'Église, du moins avec le concours de l'Église : la traditionnelle cérémonie du sacre, partie intégrante des anciens usages, atteste la *loi de catholicité*. « De vrai, dit Guy Coquille en 1593, je crois que cette cérémonie du sacre du roi est nécessaire, pour par le moyen des choses saintes et sacrées, obliger le roi envers le peuple, et le peuple envers le roi ; je crois aussi que cette cérémonie ne peut être accomplie, sinon avec un roi catholique. » Aussi faut-il qu'Henri de Navarre fasse à son peuple « la grâce d'une bonne, sainte et non feinte conversion (1) ». Qu'on se rappelle encore l'*Instruction* du 4 janvier 1577, dans laquelle les États de Blois démontraient la nécessité d'être catholique pour être roi de France (2). Aux derniers jours de la monarchie, enfin,

(1) *Devis entre un citoyen de Nevers et un de Paris*... ; *Œuvres*, t. I, p. 209-210.

(2) V. *supra*, p. 105-106, 134-136. — La même *Instruction* ajoute encore : « Et est la couronne de France si conjointe à la religion catholique, apostolique et romaine, que non seulement elle n'a pu souffrir aucun qui n'en ait esté singulier protecteur et professeur, » etc. — Cf. Weill, *Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion*, Paris, 1891, in-8°, p. 279-280.

Chaillon de Jonville fait « remarquer que, dans tous les temps depuis Clovis, la couronne n'a ceint que des fronts catholiques [1] ».

La royauté est *héréditaire* ou plutôt *quasi-héréditaire*, et il faut mettre cette loi au nombre des lois fondamentales *naturelles*. C'est qu'en effet, malgré les variations que subit la loi de succession au trône jusqu'au XIe siècle, l'hérédité nous semble être un principe, un trait de caractère, si l'on veut, parfois contrarié, altéré, presque effacé, jamais anéanti. Le royaume franc, sous les mérovingiens, est considéré à peu près comme un bien patrimonial, comme une terre : c'est pour cela que les femmes n'y ont aucune part tant qu'il y a des héritiers mâles, — ce fut toujours le cas, — et qu'à la mort du roi ses fils se le partagent [2]. L'influence de l'Église rectifie peu à peu cette conception primitive ; elle fait de la royauté un titre de juridiction, de souveraineté, et non plus de propriété ; un ministère institué dans l'intérêt du peuple, et non dans l'intérêt du prince. Elle restaure la notion de l'État. Néanmoins l'hérédité subsiste. Malgré l'échec très grave qu'elle subit à l'avènement des carolingiens, elle reste, bien que mitigée, la loi de cette nouvelle dynastie. Sans doute, les princes carolingiens ne succèdent à leurs parents qu'en vertu d'une élection ou d'un simulacre d'élection [3] : mais peuvent seuls être élus les descendants de Pépin, les membres de la famille régnante, et c'est, chose curieuse, l'Église qui a institué cette règle lors du couronnement de Pépin [4], elle

(1) *Apologie de la constitution françoise*, t. II, p. 16 ; cf. t. I, p. 142.

(2) V. sur ce point Esmein, *Histoire du droit français* (3e éd., Paris, 1898, in-8e), p. 63 ; Viollet, *Hist. Inst. pol.*, t. I, p. 240.

(3) Viollet, *loc. cit.*

(4) « Prædictus venerabilis pontifex (Stephanus)... tali omnes (principes Francorum) interdictu et excommunicationis lege constrinxit, ut nunquam de alterius lumbis regem in ævo præsumant eligere. » (*Appendice* au livre des *Miracles* de Grégoire de Tours, dans Mabillon, *De re diplomat.*, p. 384,

qui pourtant favorise la tendance au régime électif. Ainsi l'hérédité subsiste, quoique atténuée, sous les carolingiens, du moins jusqu'à la fin du IXe siècle. C'est seulement dans le désordre effroyable du siècle suivant qu'elle disparaît. Mais n'y avait-il pas une coutume établie en sa faveur, qui ne demandait qu'à reprendre son empire quand les temps seraient plus calmes ? Croit-on qu'il n'y ait absolument aucun rapport entre l'hérédité qui s'établit dès le second capétien, et la coutume qui avait si longtemps régi la succession au trône ? Il semble plutôt que, quels qu'aient été d'ailleurs la part de l'intérêt dynastique et de l'habileté de Hugue Capet et de ses premiers successeurs, c'est surtout la force cachée de la coutume, une sorte de survivance inconsciente des anciens usages, qui favorisa le rétablissement du régime héréditaire (1). Sans doute sa raison d'être n'est plus absolument la même ; ce n'est plus par assimilation de la royauté à une possession patrimoniale, qu'on l'admet : le caractère de puissance publique, de ministère presque sacerdotal qu'elle possède depuis longtemps, y répugne. Mais l'hérédité trouve alors son point d'appui dans une conception qui n'est peut-être pas sans rapport avec la première : dans l'idée que l'unité sociale est la famille, la maison : principe qui avait dans l'ancienne France son entière valeur, et qui devait en rester une des lois fondamentales. Ce n'est pas aux individus, c'est aux familles que les distinctions sociales s'appliquent, et c'est pour cela qu'elles deviennent héréditaires, la royauté comme la qualité de possesseur de fief. Dans l'ancienne France, composé de familles, où toutes les professions tendent à devenir héréditaires, la royauté devait appartenir à une famille, à une maison (2).

et dans Pertz, *Scriptores*, t. XV, part. 1, p. 1). — Cf. Viollet, *op. cit.*, t. I, p. 262.

(1) Cf. Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 61. — Cf. *supra*, p. 33 n. 1.

(2) La *représentation* n'était pas encore admise au commencement du

L'hérédité de la couronne n'est cependant pas régie par les mêmes lois que celle des biens patrimoniaux : le principe de l'hérédité se combine avec cette autre loi, que la souveraineté n'existe pas dans l'intérêt du prince, mais de l'État. De là vient que :

1° La couronne ne peut passer à un prince étranger. Ce principe de l'exclusion des étrangers, déjà formulé au XIIe siècle (1), devait contribuer, deux cents ans plus tard, à incliner la loi de succession dans le sens de l'exclusion des descendants par les femmes, le prétendant, neveu de Charles IV par sa sœur Isabelle, étant le roi d'Angleterre Édouard III (2).

2° Les princes de la famille régnante ne peuvent contracter mariage sans le consentement du roi : ces alliances, à cause des conséquences qu'elles peuvent avoir dans la succession à la couronne, et dans les destinées du royaume, doivent être autorisées par celui en qui réside la puissance publique (3).

IXe siècle (v. Viollet, *op. cit.*, t. I, p. 243). Pendant les cinq premiers siècles de la dynastie capétienne, le cas ne se présente pas. Au XVIe siècle, la représentation ne soulève aucune difficulté sérieuse ; les partisans du cardinal de Bourbon contre Henri IV n'en refusent à celui-ci le bénéfice que parce qu'il n'est pas catholique ; la non-représentation n'intervient ici que comme argument subsidiaire.

(1) Suger, *Vie de Louis le Gros* (éd. Lecoy de La Marche), p. 12. — Cf. Luchaire, *op. cit.*, t. II, p. 44, avec la n. 2.

(2) Cf. Viollet, *op. cit.*, t. II, p. 73 et 76. — Henri IV, qui était roi de Navarre, ne fut pas considéré comme étranger : la Navarre avait fait partie du royaume, elle était comme une province française. L'avènement de Henri IV à la couronne de France produisait l'annexion de la Navarre à la France, et non pas de la France à la Navarre, ce qui n'est pas la même chose.

(3) V. les lettres patentes du 16 janvier 1634, dans lesquelles Louis XIII dit que « le prétendu mariage » contracté par son frère Gaston sans son consentement, « contre les lois et les maximes les plus inviolables de l'État », porte atteinte à « la dignité de la couronne », et « que ce prétendu mariage étant contraire aux lois fondamentales de l'État,... il est résolu de n'y consentir jamais ». (*Mercure françois*, t. XX, années 1634-35, p. 25 et s., notam. p. 30-35.) — Le Parlement, par un arrêt du 5 septembre 1634,

3° Le royaume est déféré sans partage. Ce n'est pas seulement à l'esprit politique de Hugue Capet et de ses successeurs qu'est due la désuétude de cette coutume du partage qui avait été une si funeste cause de faiblesse pour les deux premières dynasties : le caractère de puissance publique, dont la royauté était marquée surtout depuis l'avènement de la race carolingienne, devait nécessairement finir par exclure la pratique du partage. Et ce qui montre que telle est bien la cause profonde de ce progrès, c'est que le partage, exclu à l'égard de la souveraineté, subsista en partie pour le patrimoine royal, sous la forme des apanages. Cette règle de l'exclusion du partage se compléta par le droit d'aînesse, qui, après un peu d'hésitation, se fixa définitivement en coutume dès la fin du XIe siècle (1).

4° Le roi ne peut disposer du royaume, la royauté étant une puissance publique, déférée « par la seule force de la coutume » : on a vu avec quelle précision Jean de Terre-Rouge expose cette loi et en dégage les conséquences (2). Elle

déclara « le prétendu mariage... non valablement contracté », comme l'ayant été « contre les lois de la France ». (*Ibid.*, p. 866.) — De son côté, l'Assemblée du clergé rendit, le 10 juillet 1635, une *Déclaration* portant que « vu les décisions et constitutions ecclésiastiques sur le pouvoir des coutumes des lieux en ce qui concerne la validité des mariages », et considérant « que la coutume de France ne permet pas que les princes du sang et particulièrement les plus proches et qui sont présomptifs héritiers de la couronne, se marient sans le consentement du roi, beaucoup moins contre sa volonté et défense », elle déclare « que tels mariages ainsi faits sont illégitimes, invalides et nuls » (*ibid.*, p. 1056-1058).

(1) Cf. sur ce point Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 67-68.

(2) Cf. les textes du *Songe du Vergier*, de Jean de Terre-Rouge, Juvénal des Ursins, Du Moulin, Du Tillet, Hotman, Bodin, Loyseau, Le Bret, Claude Joly, Du Verdier, etc., cités *supra*, p. 47 n. 1, 55 et s., 62, 77, 84 n. 1, 99, 125, 156, 158 n. 5, 172, 187 n. 3, etc. — C'est encore parce que la succession au trône n'est pas une succession purement héréditaire, que les *renonciations anticipées* ne sont pas admises : cf. Esmein, *op. cit.*, p. 323, et Hitier, *La doctrine de l'absolutisme*, p. 125-127. Au XVe siècle, Juvénal des Ursins semble pourtant hésiter sur ce point, v. *supra*, p. 62. Cf. le *Songe du Vergier*, *supra*, p. 47 n. 1.

se complète, elle aussi, par ce corollaire, que le *domaine* de la couronne est inaliénable (1).

5º Le roi *ne meurt jamais* : c'est-à-dire que dès le moment de la mort du souverain, le successeur que la coutume lui donne est saisi du pouvoir, quel que soit son âge : loi qui résulte du caractère de perpétuité de la puissance publique, et qui se formule au XIVe siècle (2).

On vient de voir comment s'est opéré le développement de la tradition, en ce qui concerne l'hérédité. La loi d'exclusion des femmes a une histoire assez analogue. Fortement implantée dans le droit de la monarchie à l'époque mérovingienne, elle y subsista définitivement même quand les raisons qui lui avaient d'abord servi de base eurent disparu. Les femmes sont exclues de la succession au trône, sous les mérovingiens et les premiers carolingiens, parce que le royaume franc est considéré comme un patrimoine, et que les femmes, selon la loi salique et la loi des Ripuaires, sont exclues de la succession aux terres, tant qu'il y a des parents mâles (3). L'exclusion des femmes est donc un principe du droit privé, introduit dans la coutume monarchique à une époque où le droit public ne s'en distingue pas encore. Plus tard, au IXe siècle, il s'en est dégagé : la royauté est devenue une puissance publique, soumise à des lois qui lui sont propres. Pourtant elle conserve encore quelques traits de son caractère primitif, elle est encore soumise au partage ; les femmes continuent à en être exclues. Mais au siècle suivant, le partage a disparu, et la royauté est devenue

(1) Cf. *supra*, p. 47 n. 1. — La règle de l'incorporation du domaine privé du prince au domaine de la couronne, qui vint s'ajouter beaucoup plus tard à ce groupe (cf. Esmein, *op. cit.*, p. 331-334), n'en est nullement une conséquence nécessaire. Elle n'est fondamentale que par annexion, un peu comme les meubles deviennent immeubles par destination.

(2) Cf. *infra*, p. 301 n. 3.

(3) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 63.

élective : cette fois, il est évident qu'elle a complètement perdu le caractère patrimonial, et complètement acquis celui de fonction, de ministère. La raison pour laquelle les femmes en avaient été d'abord exclues n'existe plus ; mais une autre l'a remplacée dans l'esprit des contemporains : la royauté, ministère électif comparable aux fonctions ecclésiastiques, ne doit pas plus qu'elles être confiée à une femme. De fait, la supposition qu'une femme puisse succéder à la couronne ne se présente pas plus à leur pensée qu'elle ne se présentait à celle des Francs du VI[e] siècle. Ainsi le principe s'affermit toujours davantage. On peut dire que les capétiens l'ont trouvé bien établi, et que ce n'est pas seulement par l'heureuse chance qu'ils ont eue pendant trois siècles de laisser des descendants mâles, que la coutume s'est formée. Ce fait, sans doute, a pu consolider le principe coutumier en consolidant la dynastie : mais la coutume était si bien fixée que Louis VII, n'ayant eu d'abord que des filles, en était « effrayé », et suppliait le ciel de lui accorder un héritier mâle, qui pût lui succéder au gouvernement du royaume (1). Ainsi, à cette époque où les fiefs tombaient en quenouille, on était déjà persuadé que le royaume ne suivait pas la même loi, et que les femmes ne pouvaient y succéder. On ne peut donc pas dire que quand, au XIV[e] siècle (2), la fille de Louis X

(1) Une charte de Louis VII nous a conservé le témoignage de cette crainte, et de la joie qu'il éprouva quand enfin un fils lui fut né : « A longo tempore fuit unicum et irremediabile totius regni desiderium, ut sua benignitate et misericordia largiretur Deus prolem de nobis *quæ in sceptris post nos ageret et regnum moderari posset.* Et nos quoque inflammaverat ardor iste, ut præstaret nobis Deus sobolem melioris sexus, *qui territi eramus multitudine filiarum.* Iccirco cum nobis apparuit desideratus hæres... » etc. (dans Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 65 n. 3.)

(2) A la fin du XIII[e] siècle, Gilles de Rome, décrivant les qualités du meilleur régime politique, et prenant pour modèle, on n'en peut guère douter, celui qu'il avait sous les yeux, soutient les avantages de l'hérédité, de la primogéniture *et de la masculinité* : « Oportet autem talem dignitatem magis transferre ad masculos quam ad fœminas : quia masculus est

fut exclue au profit de son oncle Philippe V, ce fut une innovation plus ou moins illégitime. On hésita alors, parce que la question ne s'était jamais posée dans la pratique. Mais ceux qui déclaraient que « les femmes ne doivent pas succéder au trône de France », sans d'ailleurs justifier leur assertion par des motifs bien clairs, sentaient confusément que tel était le sens de la tradition. L'habileté de Philippe V n'a pas tout fait. La force cachée de la coutume, ici encore, travaillait en faveur d'un intérêt politique : coutume, loi fondamentale vraiment *naturelle*, née, fortifiée des influences, des circonstances les plus diverses, au nombre desquelles les volontés humaines n'occupent peut-être que le dernier rang.

L'exclusion des femmes étant la coutume, l'exclusion des descendants par les femmes ne faisait pas de difficulté, au moins dans le cas où ils prétendraient venir à la succession par représentation. Dans le cas de vocation personnelle, à raison de la proximité de degré, — c'était celui d'Édouard III (1) à l'égard de Philippe de Valois, — la question était plus délicate (2). Elle fut pourtant résolue dans le sens de l'exclusion, et en effet cette seconde règle était naturellement, sinon nécessairement, en germe dans la première (3); la question de

fœmina ratione præstantior, corde animosior, passionum minus insecutor. Inter masculos autem oportet talem dignitatem tribuere magis primogenito quam aliis,... » etc. (*De regimine principum*, lib. III, part. II, cap. 5.) — Gilles de Rome était alors précepteur du prince royal Philippe, fils de Philippe le Hardi ; il fut plus tard archevêque de Bourges. Le *De regimine principum* est antérieur à 1285.

(1) Le roi d'Angleterre était neveu, et Philippe de Valois cousin germain du dernier roi de France, Charles IV.

(2) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 321, 322 avec la n. 1.

(3) *Ibid.* — Cf. Viollet, *op. cit.*, t. II, p. 74 n. 1, et ajouter ce passage du *Songe du Vergier* (c'est le chevalier qui parle) : « Une loy dit, que qui empesche le père ou la mère à avoir aucun droit ou succession, doit par raison empescher le fils... Derechief c'est tout ung et chose équipolent estre inhabile et nullement estre... ; mais il est certain que se sa mère n'eust

nationalité, nous l'avons dit, contribua encore à l'incliner dans ce sens.

Quant à l'exclusion des bâtards, — autre *développement* de la loi de succession, — elle remonte au commencement du IXe siècle : la fameuse *Divisio imperii* de 817 les déclare incapables de succéder (1). C'est l'influence morale de l'Église qui peu à peu fit écarter les enfants naturels, confondus, au moins dans les premiers temps de la dynastie mérovingienne, avec les enfants légitimes (2). L'acte de 817 consacra définitivement, en ce qui regarde le droit politique, le principe de leur exclusion : Louis XIV lui-même ne réussit pas à l'ébranler.

Reste enfin la question des minorités et des régences, l'une des plus difficiles de l'ancien droit public français. Il faut d'abord noter que dès les premiers siècles, la majorité des rois fut reconnue à un âge très précoce : de douze à quinze ans (3). Sans que pendant longtemps il y ait eu une règle absolument fixe, cette tradition se maintint. Philippe Ier avait à peine quatorze ans quand il sortit de tutelle ; Philippe le Hardi fixa à quatorze ans la majorité de son successeur. Charles V consacra cette tradition par un édit de 1374, acte solennel qu'il nomme *lex vel constitutio* (4), et par lequel il semble bien avoir voulu établir ou plutôt déterminer (5) une

oncques esté née, son filz n'eust point avoir succédé ou royaume : car ce eust été chose impossible. » (Liv. I, ch. 142.)

(1) Viollet, *op. cit.*, t. I, p. 242.

(2) *Ibid.*, p. 241.

(3) Pour l'époque franque, voyez Viollet, *op. cit.*, t. I, p. 227 ; pour les premiers capétiens, *op. cit.*, t. II, p. 88, et Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 78.

(4) V. cet édit dans Dupuy, *Traité de la majorité de nos rois*, Paris, 1655, in-4o, p. 155-160.

(5) « ... Postremo super regimina regni debemus prædecessorum nostrorum vestigiis inhærere... Hinc est quod nos considerantes attente ætatem quatuordecim annorum,... » etc. (*loc. cit.*, p. 156-157). Charles V, il est vrai, se contente de références assez vagues aux actes de ses prédécesseurs ; il ne cite positivement que l'exemple de saint Louis, qui

loi du royaume. La quatorzième année resta donc jusqu'à la fin de la monarchie l'âge légal de la majorité des rois ; l'ordonnance de Charles V fut interprétée en ce sens que la majorité est atteinte dès que la quatorzième année est commencée [1].

L'attribution de la régence ne fut pendant longtemps réglée selon aucun principe invariable [2]. Au XIe siècle, « le choix du régent dépendait avant tout de la volonté royale ; mais il fallait qu'une partie au moins du baronnage le sanctionnât de son approbation. A côté du personnage expressément désigné par le roi, la reine mère, l'archevêque de Reims et les grands qui vivaient habituellement au palais prenaient part, de fait, au gouvernement [3] ». Le droit du roi d'organiser la régence se conserva en coutume [4]. Philippe Auguste, Louis VIII, Philippe le Hardi, Philippe le Bel, Charles V, Charles VI, Louis XI, Louis XII, François Ier, Henri II, Charles IX usèrent de ce droit [5]. Louis XIII et Louis XIV ne firent que suivre la tradition, et le Parlement, en cassant au moins pour partie leurs dispositions, outrepassa certainement ses droits [6]. Le roi désigne la personne du régent : c'est tantôt la reine mère, tantôt une autre personne de la famille royale, quelquefois même un ministre. Il l'entoure généralement d'un conseil.

Si aucune disposition n'a été prise par le roi en vue de la

dit-il, prit le gouvernement du royaume à quatorze ans (*quarto decimo anno*, p. 157).

(1) « Eo quod... quartum decimum annum suæ ætatis attigerint », dit l'ordonnance (*loc. cit.*, p. 158-159). Cf. Viollet, *op. cit.*, t. II, p. 88 n. 7 et 89 n. 1 et 2. — Charles IX, Louis XIII, Louis XIV, Louis XV, furent reconnus majeurs au commencement de leur quatorzième année. Pour Charles VIII, voyez *supra*, p. 63 et s.

(2) Pour l'époque franque, v. Viollet, *op. cit.*, t. I, p. 227.

(3) Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 77. — Cf. Viollet, *op. cit.*, t. II, p. 91 et s.

(4) Dupuy, *op. cit.*, p. 28-32.

(5) *Ibid.*

(6) Cf. Glasson, *Le Parlement de Paris*, t. I, p. 172, 180-181 ; t. II, p. 9-12.

régence, à qui doit-elle revenir ? A l'héritier présomptif de la couronne. Tant que la loi de succession n'eût pas acquis tout son développement et sa formule définitive, c'est-à-dire jusqu'au début du xve siècle, la solution resta douteuse ; l'influence et l'action des hauts barons en pareils cas rendaient d'ailleurs bien difficile alors l'établissement d'un principe fixe. Encore faut-il remarquer qu'à la mort de Louis X, à la mort de Charles IV et pendant la captivité du roi Jean, ce fut l'héritier présomptif qu'on reconnut. Depuis le xve siècle, le droit du successeur éventuel, à défaut de dispositions spéciales prises par le roi prédécédé ou absent, n'était guère contestable (1). Il fut oublié, plutôt que contesté en 1610, lorsque le meurtre d'Henri IV provoqua la constitution imprévue et hâtive d'une régence (2) : le Parlement, à l'instigation de la reine mère, crut ou feignit de croire « que l'on avait accoutumé de donner le gouvernement et la régence à la mère du roi en son bas âge (3) ». Mais à la mort de Louis XIV, le duc d'Orléans invoque sa qualité d'héritier présomptif et va jusqu'à prétendre, — assez timidement, il est vrai, — qu'il a droit à la régence même si le roi prédécédé en a disposé autrement : en quoi, nous l'avons déjà dit, il force la *loi du royaume* (4). — C'est aussi depuis le xive ou

(1) Cf. ci-dessus, p. 63 et s. — En 1560, à l'avènement de Charles IX, âgé de dix ans et demi, Catherine de Médicis négocie avec Antoine de Bourbon, premier prince du sang, pour obtenir sa renonciation à la régence (v. Picot, *Hist. des États généraux*, 2e éd., t. II, p. 173, 216-217).

(2) Le roi avait été assassiné à quatre heures : l'arrêt déclarant la reine régente était rendu avant sept heures. Sur ce qui se passa alors, v. Glasson, *op. cit.*, t. I, p. 117-119. Cf. Dupuy, *op. cit.*, p. 475 et s.

(3) Dupuy, *loc. cit.*, p. 477 ; — p. 479 : « Il n'y eut en cette délibération ni discours ni avis contraires. Le Parlement se pensait obligé par tant d'exemples... » etc. Le Parlement rappelle les régences de reines mères : mais il oublie de reconnaître que celles-ci ont été désignées par le roi prédécédé.

(4) Cf. ci-dessus, p. 199-200. — En 1560, les protestants et les mécontents soutenaient qu'Antoine de Bourbon n'avait pu valablement renoncer à la régence (Picot, *loc. cit.*, p. 202).

le xve siècle que la garde ou tutelle du prince mineur est distinguée de la régence du royaume et généralement donnée à une autre personne qu'à l'héritier présomptif (1).

Les régents, depuis les ordonnances de 1403-1407, administrent le royaume « au nom » du roi mineur : ils n'ont aucun pouvoir propre (2). Il n'en était pas de même auparavant. Cette règle, en effet, se rattache à celle qu'on exprime en disant que « le roi ne meurt pas », c'est-à-dire que le successeur, en si bas âge qu'il soit, est saisi du pouvoir dès l'instant où le roi a cessé de vivre, et celle-ci ne se précise qu'à la fin du xive siècle et au commencement du xve (3). Dans la première partie du moyen âge, les régents exerçaient le pouvoir royal en leur nom propre pendant l'espèce d'interrègne qui séparait la mort du roi de l'avènement effectif de son successeur. La « loi, édit, constitution et ordonnance perpétuelle » de 1407, par laquelle Charles VI abroge cet ancien droit, n'est encore qu'un *développement* de la loi de succession (4).

De même qu'il est au pouvoir du roi de désigner la personne du régent, il dépend aussi de lui de limiter son pouvoir en l'entourant d'un conseil (5). Ajoutons qu'il arriva

(1) Cf. Viollet, *op. cit.*, t. II, p. 92-95.

(2) V. les ordonnances de 1403 et de 1407, dans Dupuy, *op. cit.*, p. 205-209 et 212-217. — Cf. Viollet, *op. cit.*, t. II, p. 90.

(3) *Songe du Vergier*, part. I, ch. 74 et 78 : « Roy qui succède par héritaige ne reçoit aucun povoir parce qu'il est oinct du prélat de saincte Église . » — « Ce n'est pas chose nécessaire que ung roy qui vient par succession prenne aucun povoir sur la temporalité pour cause de son couronnement. » — Ordonn. de 1403 : « Considérans que si tost qu'il plaist à Dieu envoyer sur terre au roy qui est pour le temps hoir masle premier nez, droict de nature le baille héritier dudict royaume, et si tost que son père est allé de vie à trespassement,... en quelque minorité qu'il soit, il est et doit estre réputé pour roy... » (Dupuy, *op. cit.*, p. 205 ; même texte, sauf quelques variantes négligeables, dans l'ordon. de 1407, *ibid.*, p. 213). — Cf. Viollet, *op. cit.*, t. II, p. 54-55.

(4) Cf. Dupuy, *op. cit.*, p. 23 s.

(5) Cf. Dupuy, *op. cit.*, p. 19-23.

parfois que les États généraux et surtout le Parlement prirent sur eux de modifier les dispositions prises par le roi prédécédé. On verra bientôt ce qu'il faut penser de ces interventions.

V

Les États généraux. — Le consentement de l'impôt. — Le Parlement et les cours souveraines. — Les États provinciaux : les libertés provinciales et municipales.

Le roi, en qui réside la souveraineté indivisible, ne l'exerce pourtant, avons-nous dit, que « par très grand conseil » : cette expression, empruntée à Beaumanoir, nous paraît exprimer ce qu'il y a de constitutionnel, de fondamental, dans les usages qui ont successivement placé auprès du prince des assemblées politiques dont le concours s'est imposé à lui dans une mesure d'ailleurs variable. Qu'on se rappelle les *plaids* carolingiens que décrit Hincmar (1), et qui ne sont eux-mêmes autre chose que les primitives assemblées franques transformées par la civilisation naissante : leur fonction, non définie rigoureusement, pas plus que ne l'étaient alors les autres principes de la monarchie, vécus avant d'être réfléchis, semble avoir été moins que co-législative, et un peu plus que consultative. Sous un grand roi, comme Charlemagne, leur rôle se borne à donner des avis, peut-être même quelquefois à acquiescer; sous des règnes de décadence, comme ceux de Louis le Pieux ou de ses successeurs, ils partagent le pouvoir. Ici commence l'abus, mais se révèle aussi déjà l'élasticité, — je ne dis pas l'instabilité, — des principes fondamentaux de l'ancienne monarchie : la

(1) Cf. *supra*, p. 12-13.

règle, ployée, même pendant longtemps, conserve sa force et se redressera au moment venu.

On s'est peut-être étonné de nous voir négliger presque complètement la féodalité dans le cours de cette étude. Cela tient à ce que la féodalité, si importante qu'elle soit aux yeux de l'historien, n'apporta cependant aucune modification *essentielle* dans les principes fondamentaux de la monarchie. Elle fut un grand mouvement d'usurpation, un émiettement *territorial* de la puissance publique. La royauté n'était plus souveraine pleinement que dans un domaine qui n'égalait peut-être pas la *terre* de quelques puissants barons ; elle n'avait cependant pas changé de nature, — les théoriciens qui la dépeignent alors nous en donnent un sûr témoignage [1], — et dans ce domaine restreint, elle exerçait toujours les mêmes fonctions, à peu près de la même manière, c'est-à-dire avec le conseil et l'aide des *fidèles*. Il est impossible de marquer une séparation précise entre les assemblées carolingiennes et celles des premiers capétiens [2]. Est-ce à dire pourtant que les secondes furent la même chose que les premières ? Nullement, surtout si on considère les grandes assemblées de la *cour du roi*, celles où l'on prenait des décisions générales pour tout ou partie du royaume. Il y a entre elles et les *placita* de l'époque précédente la même différence qu'entre le baron féodal, indépendant et souvent rival de la royauté, et le seigneur, le *major natu* du temps de Charlemagne. Même dans ce cas, néanmoins, le pouvoir royal est encore exercé de la même manière : c'est comme *fidèles* que les grands vassaux donnent conseil et aide au roi. Il est vrai qu'ils jouent un double rôle, et que comme seigneurs plus ou moins indépendants, ils consentent à ce que l'*établissement* royal soit exécuté dans leur terre. Cette limitation territoriale

(1) V. *supra*, p. 17 et s.

(2) Cf. Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 246-248 ; — Viollet, *op. cit.*, t. I, p. 216 et t. II, p. 177.

de sa puissance, la royauté travailla pendant de longs siècles à la détruire. L'œuvre de conquête progressive qu'elle accomplit au détriment de la féodalité ne fut donc en réalité qu'une reprise, et n'altéra pas plus ses principes essentiels que ne l'avait fait ce mouvement féodal qui avait failli l'étouffer.

« *Par très grand conseil*, voilà, dit M. Viollet, tout ce qui reste, à la fin du XIIIe siècle, de ces adhésions des grands vassaux dont l'importance est capitale au XIIe [1] » : mais c'est aussi tout ce qu'il y avait en elles de vraiment *fondamental*, et ce qui devait survivre à la *curia* des premiers capétiens. De même en effet que celle-ci se rattache, en les continuant, aux assemblées carolingiennes, de même c'est d'elle que naissent, c'est elle que continuent, en la dédoublant, les États généraux et le Parlement. Il est encore impossible de fixer la date précise où s'opère cette transformation. De très bonne heure les bourgeois furent introduits dans les conseils royaux ; on trouve dès le XIIIe siècle des assemblées des trois ordres, et celle de 1302, considérée comme la première tenue d'États proprement dits, fut loin d'être une innovation [2]. De même, tandis que l'ancienne cour du roi, en tant qu'assemblée de grand conseil, se transformait en États généraux, en

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 194. — Les ordonnances font mention du *très grand conseil* avec lequel elles ont été délibérées : « ... Aveques nostre frère, nos oncles, et ceux de nostre lignage, et aveques plusieurs prélats et barons de nostre royaume, et autres de nostre conseil, eue grant délibération et plénière, par le conseil de tous avons ordené et ordenons... » etc. (*Ord.* du 29 juillet 1318 ; *Ord.*, I, p. 667). — « ...Nous eussions fait appeler devant nous... les prélaz, barons, chapitres et bonnes villes de nostre royaume, pour pourvoir par leur bon conseil, sur les diz griefs, au plaisir et profit commun de nostre peuple... » (*Ord.* du 25 février 1318 ; *Ord.*, I, p. 679.) — « Habita super hoc deliberatione matura, et consilio pleniori, cum pluribus prælatis, personisque notabilibus, clericis et laïcis, declaramus, decernimus, ordinamus,... » etc. (*Ord.* de Charles V, août 1374, sur la majorité, dans Dupuy, *op. cit.*, p. 158) ; — etc. Ajouter les textes cités dans Esmein, *op. cit.*, p. 480 n. 1, 2 et 3.

(2) Sur l'origine des États généraux, v. Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 259-260 ; — Esmein, *op. cit.*, p. 482-486 ; — Viollet, *op. cit.*, t. III, p. 179-182.

tant que cour de justice elle devenait peu à peu le Parlement [1]. Les deux institutions nouvelles n'étaient que l'adaptation en quelque sorte spontanée de l'antique principe fondamental au milieu politique et social contemporain. Ajoutons que l'ancienne *cour* se survécut encore à elle-même dans un troisième organe, le *conseil du roi*, qui fut, jusqu'à l'avènement de la monarchie autocratique, un conseil assez nombreux, dont les pairs faisaient partie de droit, ainsi que les princes du sang, les grands officiers de la couronne, les secrétaires d'État, etc. [2]

Les États généraux apparaissent quand les communes indépendantes et organisées sont devenues un troisième ordre dans l'État, dont l'aide et le conseil sont aussi nécessaires à la royauté que ceux des deux premiers ordres. Aide et conseil resteront toujours la double fonction des assemblées de la nation ; elles la remplissent en exprimant leurs vœux, leurs doléances, leurs remontrances, et en consentant la levée des impôts.

Sans doute, sous l'influence des théories scolastiques touchant l'origine de la souveraineté, les États aspireront parfois, dans la suite, à jouer le rôle de législateur et à imposer leurs volontés au roi : mais il faut reconnaître que s'ils avaient réussi à réaliser leurs ambitions, les lois fondamentales auraient été renversées. On a estimé de nos jours qu'ils ne furent qu'une institution avortée, parce qu'ils ne parvinrent jamais à établir « les libertés publiques », c'est-à-dire le pouvoir législatif de la nation. Une telle appréciation nous paraît méconnaître les véritables principes de

(1) Sur l'origine du Parlement, v. Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 277-336 et t. II, p. 327 et s. ; — Langlois, *Les origines du Parlement de Paris*, dans la *Revue historique*, t. 42 (1890), notam. p. 77-80, 82-83, 90-91, 111 ; — Esmein, *op. cit.*, p. 362 et s. ; — Viollet, *op. cit.*, t. III, p. 295 et s.

(2) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 461, 464.

l'ancienne monarchie, et il ne faut pas s'étonner que la loi de l'unité de pouvoir ait constamment repris ses droits.

A tout le moins, dira-t-on, les États avaient incontestablement le droit d'accorder ou de refuser l'impôt : le témoignage des États, des théoriciens, des rois eux-mêmes établit clairement cette tradition. — Le vote de l'impôt avait une double origine : d'une part, la nécessité d'obtenir le consentement des seigneurs sur les terres desquels devait s'étendre l'impôt royal, d'autre part une théorie morale selon laquelle les subsides étaient un don que le souverain ne pouvait exiger contre le gré du propriétaire sans commettre un véritable vol. Le premier motif devait normalement disparaître à mesure que la puissance publique se reconstituait dans le pouvoir royal. Quant au second, il nous paraît être une conception fausse, bien que très répandue au moyen âge, de la nature de l'impôt. Celui-ci, en effet, n'est pas un don volontaire, mais une contribution obligatoire aux charges de l'État. Ce qui le fit considérer comme un don, c'est qu'à l'origine les revenus du domaine de la couronne et les aides féodales suffisaient à pourvoir aux besoins de l'État : on pensa qu'ils devaient toujours y suffire, et lorsque, les charges qui pesaient sur la royauté augmentant à mesure que se reconstituait la puissance publique, ces ressources se trouvèrent insuffisantes, l'aide supplémentaire que le roi fut obligé de demander aux États fut considérée comme une offrande gratuite. L'histoire des conflits qui se produisirent entre la royauté et les États généraux n'est que l'histoire de l'établissement de l'impôt permanent (1). Habitués dès les origines à être sollicités par le roi de lui « faire aide », les États pensèrent qu'on ne pouvait d'autorité imposer aux sujets un don libre sans commettre une véritable

(1) Cf. Picot, *op. cit.*, t. I, p. 30, 232, 235 et 236 n. 2, 295, 315, 319, 325, 329-330, etc.

extorsion, et regardèrent toujours l'*octroi* de l'impôt comme une de leurs prérogatives incontestables (1), non pas seulement en vertu de la coutume, mais en vertu de ce principe de droit naturel qu'il n'est pas permis de prendre le bien d'autrui. Cette idée, avons-nous dit, était fausse : car il n'est pas plus interdit au souverain, à la puissance publique, d'exiger des particuliers les contributions nécessaires aux besoins légitimes de l'État, et d'empiéter ainsi partiellement sur leur droit de propriété, que de les obliger à se conformer aux lois justes qu'elle édicte, et d'empiéter ainsi partiellement sur leur liberté. C'est une nécessité sociale, que la puissance publique, destinée à conserver et protéger les droits des particuliers, leur liberté, leur propriété, ne puisse le faire qu'en exigeant d'eux de sacrifier une partie de ces mêmes droits. S'il était vrai que les particuliers dûssent toujours être faits juges de la nécessité de l'impôt, et avoir le droit de l'accorder ou de le refuser, il faudrait ajouter que l'autorité publique ne peut exiger l'obéissance qu'aux lois qu'ils ont librement faites ou acceptées, et conclure que la monarchie, où la souveraineté réside dans la personne du roi seul, est une forme illégitime de gouvernement. La monarchie étant admise, c'est une grave erreur que de prétendre s'appuyer sur les principes essentiels de la morale pour refuser au roi le droit d'exiger des contributions; et c'est sur cette erreur que repose la conception courante que le moyen âge se fit de l'impôt.

« Si dans la rigueur des principes, » objectera-t-on encore, « dans la règle étroite, le consentement préalable des peuples n'est pas nécessaire à l'établissement régulier des impôts », la *coutume*, du moins, la loi fondamentale traditionnelle ne donnait-elle pas aux États généraux le droit

(1) Cf. Picot, *op. cit.*, t. V, p. 138 et s.

d'octroyer librement les subsides (1)? Peu importe qu'elle ait eu pour point de départ une conception fausse ; cette coutume faisait loi par cela seul qu'elle était la coutume ; le pouvoir royal, en luttant contre elle, portait atteinte aux lois fondamentales. — Il faut répondre que la coutume du libre octroi de l'impôt, entendue dans toute sa rigueur, devait nécessairement être éliminée en vertu des lois fondamentales elles-mêmes. Dans un État où les charges publiques nécessitent un impôt permanent, comme était la monarchie dès la fin du XIVe siècle, reconnaître à l'assemblée représentative de la nation le droit de le refuser ou de l'octroyer, équivaut à lui attribuer le pouvoir souverain : c'est mettre le gouvernement à sa discrétion. Les États généraux le comprenaient bien d'ailleurs ainsi, et ils n'ont tant invoqué le droit de libre vote, que dans le but d'imposer leur volonté au prince ; s'ils étaient parvenus à conquérir définitivement le droit de refuser l'impôt, ils auraient par là même conquis le pouvoir législatif. Tant que les charges auxquelles la royauté devait pourvoir ne dépassèrent qu'accidentellement les revenus du domaine, le libre octroi ne parut pas porter directement atteinte à la loi de l'unité de pouvoir. Quand elles devinrent plus lourdes et permanentes, celle-ci devait nécessairement, non sans heurts et sans crises, résister contre une coutume qui lui était directement contraire, et qui par là même ne pouvait devenir fondamentale. Ce n'est donc pas, comme Loyseau le dit en un endroit (2), sur une usurpation prescrite que repose le droit du roi de faire des levées de deniers sans le consentement des États, mais sur la

(1) C'est le point de vue auquel se placent les *Maximes du droit public français* (t. I, p. 158), suivant ici Fleischer ; il est vrai que plus loin (*ibid.*, p. 407 et s.), elles soutiennent exactement le contraire, d'après Locke ; plus loin encore, p. 436-438, elles reviennent à leur première thèse.

(2) V. *supra*, p. 157. — Cf. ce que lui répondent les *Maximes du droit public français*, t. I (in-12), p. 436 et s.

loi fondamentale d'unité de pouvoir (1). Cela ne veut pas dire que les États ne dûssent avoir aucun rôle dans l'établissement de l'impôt : mais ce rôle ne devait être, en principe (2), que de faire des remontrances, donner des avis, et enfin consentir à l'impôt demandé. Comme toute loi importante, celle qui déterminait l'impôt devait être faite *par très grand conseil* (3). Que les États généraux fissent une énergique résistance à l'établissement d'impositions qui ne leur semblaient pas justifiées (4) et des remontrances sévères sur le mauvais emploi des finances, qu'ils fissent tous leurs efforts pour obtenir la réforme des abus, rien de mieux : mais il ne fallait pas que cette lutte se terminât par le renversement des lois fondamentales.

Dira-t-on enfin qu'ainsi réduit le rôle des États généraux devenait illusoire, leur influence nulle ? Toute leur histoire atteste le contraire. Les réformes que presque toujours ils obtinrent dans les finances, les grandes ordonnances dont ils furent les inspirateurs (5), réfutent le reproche de stérilité que quelques-uns ont voulu leur faire (6).

Issu comme les États généraux de l'ancienne *cour du roi*, le Parlement fut aussi un organe de *très grand conseil*. Le roi, souverain justicier, rendait, à l'origine, lui-même la justice avec le conseil de sa cour. Les procès se multipliant à mesure que la justice royale s'étendait sur un plus grand nombre de justiciables, les audiences devinrent de plus en

(1) Loyseau lui-même, d'ailleurs, le reconnaît : v. *supra*, p. 157 n. 4.

(2) On verra plus loin pourquoi nous disons : en principe.

(3) Cf. Grégoire de Toulouse, *supra*, p. 132.

(4) Sur leur ignorance des vrais besoins de l'État, v. Picot, *op. cit.*, t. V, p. 197 et s.

(5) Cf. Picot, *op. cit.*, t. V, p. 232-233.

(6) Nous ne dirons rien des assemblées de notables, qui ne furent autre chose que des États généraux en réduction et sans caractère représentatif, — un *très grand conseil* moins étendu.

plus fréquentes, — jusqu'à devenir enfin permanentes, — le roi et les barons durent renoncer à les suivre, et ainsi les légistes introduits à la *cour* comme conseillers restèrent seuls à la composer d'ordinaire. Encore faut-il remarquer que le Parlement continua pourtant d'être la *cour des pairs*, et que ceux-ci pouvaient toujours y venir siéger quand bon leur semblait [1]. Peu à peu se précise cette idée qu'il est préférable que le roi, au lieu de juger et condamner lui-même, en délègue normalement le soin à des officiers, parce que, dit Bodin, « les princes ne doivent pas faire métier d'être juges », s'abaisser dans la chicane des moindres procès, et qu'en outre « il n'y a chose qui plus ait ruiné de républiques, que dépouiller le sénat et les magistrats de leur puissance ordinaire et légitime, pour attribuer tout à ceux qui ont la souveraineté [2] ». La *justice retenue* ne doit donc être qu'une exception. Le principe du *très grand conseil* est ici poussé à l'extrême. L'indépendance des juges est encore assurée, à partir de la fin du XVe siècle, par leur inamovibilité, que plus tard la propriété des charges viendra confirmer.

Devenu un corps de juges, le Parlement conserva pourtant de son origine un certain caractère de corps politique [3] : « ce fameux droit d'enregistrement des ordonnances royales, dont il fit plus tard tant d'étalage, n'a pas d'autre source que la persistance du mélange des fonctions de justice et de gouvernement qui avait été caractéristique des assemblées du XIIe siècle [4] ». Quand, au XIVe, le roi vient tenir des séances solennelles au Parlement, pour lui demander avis et conseil, pour rendre des ordonnances importantes, ces *lits*

(1) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 370.

(2) *République*, liv. IV, ch. 6, p. 632.

(3) Langlois, *loc. cit.*, p. 91, 111-112.

(4) *Ibid.*, p. 111. — Cf. Aubert, *Histoire du Parlement de Paris, de l'origine à François Ier*, Paris, 1894, 2 vol. in-8°, t. I, p. 349 avec la n. 2, 350, 360.

de justice sont-ils autre chose que la réalisation, adaptée à l'état de choses contemporain, du principe du *très grand conseil*[1] ? C'est à ce même principe que se rattache le droit de remontrances, dont use le Parlement à l'égard des édits, ordonnances, etc., que le roi lui adresse à fin d'enregistrement[2] : gardien et ministre des lois, il est, du reste, mieux à même que personne de relever et de faire voir au prince les inconvénients de la loi nouvelle, et il peut aller jusqu'à résister de toutes ses forces à sa promulgation s'il la juge franchement mauvaise. Pourtant, pas plus que la résistance des États généraux, celle du Parlement ne peut être poussée au point d'anéantir le pouvoir législatif du roi : quelque énergiques que soient ses représentations, « le prince demeure toujours le maître d'y avoir égard ou de n'y pas déférer », parce qu'« il faut que dans tout bon gouvernement il y ait une puissance suprême à laquelle tout doit céder, ou un dernier degré au-delà duquel il ne soit pas permis de remonter[3] ». Dans cette mesure, le droit de remontrances a été constam-

(1) Cf. Aubert, *Le Parlement de Paris, de Philippe le Bel à Charles VII*, Paris, 1886-90, 2 vol. in-8°, t. I, p. 196-198 ; — t. II (Compétence, attributions), p. 191 et s. ; — Viollet, *op. cit.*, t. III, p. 331-332.

(2) D'Aguesseau remarque très justement que ce n'est pas seulement le Parlement, mais encore les États généraux, les États particuliers, les assemblées du clergé, tous les grands corps de l'État, qui sont « en possession immémoriale » d'adresser des remontrances au roi. (*Fragment sur l'origine et l'usage des remontrances*, dans ses *Œuvres*, t. XIII, p. 538.) Cf. ci-dessus, p. 254.

(3) *Ibid.*, p. 560. — En droit strict, il était donc parfaitement légitime que le roi mit fin à la résistance du Parlement, soit par des *lettres de jussion*, soit en venant lui-même tenir un *lit de justice*. L' « enregistrement forcé » pouvait avoir lieu même en matière d'édits bursaux : qu'on se rappelle ce qui a été dit à propos du vote des subsides par les États. Si les États avaient été en droit de refuser absolument l'impôt, et les cours l'enregistrement des édits, les États et les cours auraient été ce « dernier degré au-delà duquel on ne peut remonter ».

ment reconnu par les rois (à l'exception de Louis XIV) (1), expressément (2) ou tacitement.

On voit maintenant ce qu'il y avait de juste et ce qu'il y avait de faux dans la thèse des parlementaires. Au point de vue historique, d'abord, il était faux de soutenir que le Parlement des derniers siècles fût la même chose que le Parlement des premiers capétiens, et celui-ci la même chose que les assemblées de l'époque franque : mais il était vrai qu'il remplissait, en concours avec les États généraux, une fonction analogue, la fonction essentielle de *très grand conseil* (3). Il était vrai ensuite que l'usage des remontrances était une loi fondamentale : mais d'abord elle n'était qu'une loi fondamentale *secondaire* (on a vu ce que nous entendons par là), et surtout cette loi n'impliquait nullement le droit de *libre vérification*, c'est-à-dire le droit de refuser définitivement ou de modifier les actes envoyés à l'enregistrement, qui eût réduit le pouvoir législatif du souverain à la simple faculté de *proposer* les lois, comme le fait remarquer l'édit de 1770 (4). La *libre vérification* aboutit au partage du pouvoir législatif. Tous les sophismes dont le Parlement se mit en si grands frais au XVIIIe siècle pour prouver le contraire, ne sont jamais parvenus à faire cette preuve (5).

(1) L'ordonnance de 1667 et les lettres patentes de 1673 n'autorisent les remontrances qu'après l'enregistrement (Isambert, t. XVIII, p. 105-106, et t. XIX, p. 72). L'édit de 1770 affecte de ne voir dans le droit de remontrances qu'une concession « accordée » par le roi (Isambert, t. XXII, p. 507).

(2) Édit de 1527 (Isambert, t. XII, p. 279-280) ; ordonnance de Moulins (1566), art. 2 (Isambert, t. XIV, p. 191) ; ordonnance de 1629 (code Michau), art. 53 (Isambert, t. XVI, p. 239).

(3) D'Aguesseau a très bien saisi cette distinction, et se garde de tomber dans l'erreur commune des parlementaires : *loc. cit.*, p. 535-536.

(4) Isambert, t. XXII, p. 506.

(5) V. particulièrement les *Maximes du droit public français*, t. VI, p. 84 et s., et les remontrances du 27 novembre 1755, dans Flammermont, *Remontrances*, t. II, p. 31-32, 35, etc. Le fond de l'argumentation se ramène à ceci : « Nos souverains et leur parlement ne font qu'un même corps, le

Le Parlement était donc un organe de *très grand conseil* qui, dans les intervalles plus ou moins longs des sessions d'États généraux, devait tempérer le pouvoir absolu du prince. A côté du Parlement, c'est-à-dire du Parlement de Paris, ceux de province créés à son image, et les autres cours souveraines jouissaient du même droit d'enregistrement et de remontrances (1).

En quelle situation se trouvaient réciproquement les Parlements et les États généraux les uns à l'égard des autres? Le Parlement et les États pouvaient se trouver en rivalité. Le premier, se déclarant seul vrai continuateur des anciennes assemblées, prétendait avoir le droit de refuser ou de modifier les ordonnances rendues sur les propositions et les cahiers des États aussi bien que les autres, et les États, bien entendu, le lui déniaient (2). La solution n'aurait pas dû faire de doute : le Parlement pouvait présenter des *remontrances* même sur les édits ou ordonnances rendus à la demande et avec les avis et conseil des États ; le roi pouvait les modifier s'il le jugeait bon, comme il avait été libre de donner force de loi à telles résolutions des États et de rejeter telles autres. Il faut ajouter, du reste, qu'une fois promulguées, les grandes ordonnances faites avec le concours des États généraux, sous leur inspiration et d'après leurs *cahiers*, étaient considérées

roi en est le chef, les magistrats en sont les membres » (*remontr. cit.*, p. 32) ; donc « lorsque la compagnie rejette un *projet*, c'est par l'ordre même du prince, par le propre effet de son pouvoir qu'il est *censé* réprouvé » (*Max.*, *loc. cit.*, p. 86). Cf. l'appréciation très juste de Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 369-371.

(1) La Chambre des comptes était d'ailleurs issue, elle aussi, de l'ancienne *curia* (cf. Viollet, *op. cit.*, t. III, p. 296-297, 364), et la Chambre des aides, des États généraux (*ibid.*, p. 211, 217) ; la Chambre des monnaies fut assimilée par Henri II « aux cours de Parlement et autres cours » (*ibid.*, p. 438).

(2) V. Le Paige, *Lettres historiques*, t. I, p. 142, 314. — Cf. Picot, *op. cit.*, t. III, p. 99-100.

comme ayant une autorité et une immutabilité particulières [1]: telles les ordonnances d'Orléans ou de Blois.

Outre le droit ordinaire de remontrances et de conseil qu'ils exerçaient quand ils étaient assemblés, les États généraux pouvaient être appelés à jouer un rôle plus décisif : au cas, d'ailleurs à peu près impossible, d'extinction complète de la dynastie, c'est à eux qu'il eût appartenu de choisir au nom de la nation, une autre famille souveraine. En cas de débats sur la succession à la couronne, on admettait généralement qu'ils devaient être appelés à juger ; peut-être la cause eût-elle pu aussi bien être portée devant la cour des pairs, c'est-à-dire devant le Parlement.

Dans les temps de régences, les États généraux ne devaient, en principe, avoir aucune prérogative particulière [2]. S'il s'élevait quelque contestation sur l'attribution ou l'organisation de la régence, c'était plutôt [3] au Parlement qu'il appartenait de la trancher : mais il n'aurait jamais dû faire qu'appliquer les règles traditionnelles qui régissaient la matière, tandis qu'au contraire, saisissant toutes les occasions de se grandir, il se crut trop souvent en droit de déférer de sa propre autorité la régence, ou de l'organiser au mépris des dispositions régulièrement prises par le roi prédécédé.

Les États généraux et les cours souveraines n'étaient pas les seuls modérateurs du pouvoir royal, du moins avant le XVIIe siècle : les libertés locales et provinciales opposaient une salutaire limitation à son autorité [4].

(1) Cf. *supra*, p. 148 (Coquille).

(2) L'opinion contraire était pourtant assez répandue : à notre avis elle commettait, en la justifiant par l'argument scolastique de la souveraineté nationale, l'erreur de continuer aux États les prérogatives dont avaient usé les barons féodaux à l'égard de la royauté affaiblie.

(3) Ce qui rend ici particulièrement difficile la détermination précise des droits des États généraux et du Parlement, c'est que leur intervention en cette matière s'est presque toujours produite en des temps plus ou moins troublés.

(4) Cf. *supra*, p. 90 (Du Haillan).

Le principe d'une certaine indépendance provinciale, qui était vraiment constitutionnel dans l'ancienne France, remontait aux origines mêmes de la monarchie. La race conquérante avait laissé aux provinces romaines, aux royaumes barbares conquis par elle, leurs lois particulières. Plus tard, quand aux lois personnelles succédèrent les coutumes territoriales, « ce furent, dans chaque pays, les *leges* des races dominantes qui fournirent les éléments constitutifs de la coutume (1) ». Telle est l'origine de cette sorte d'indépendance dont jouissaient les provinces à l'égard de leur droit privé. Ce droit particulier, cette *coutume*, qui se maintint à travers les siècles en se transformant par progrès insensibles, tenait toute sa force de ce qu'il était, comme toutes les traditions, l'œuvre en quelque sorte inconsciente des générations successives, une *manière de vivre* juridique (2). Cette diversité de coutumes aurait pu disparaître un jour dans une codification unifiée : ce qui nous importe ici, c'est qu'elle atteste, d'une part la limitation que le pouvoir législatif du roi rencontrait dans le droit coutumier, d'autre part cette indépendance provinciale à laquelle l'ancienne France était si attachée.

C'est particulièrement dans l'usage des tenues d'États provinciaux (3) que se manifestait cette autonomie. Au XIVe siècle, on en trouve dans la plupart des provinces. Plus tard, sous l'influence centralisatrice de la royauté, ils tendent à disparaître dans un grand nombre d'entre elles ; la rédaction des coutumes, aux XVe et XVIe siècles, leur donne pourtant un regain de vie. Jusqu'au XVIIe siècle, les libertés provin-

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 709.

(2) On voit par là ce qu'il y avait d'excessif dans la théorie de Guy Coquille (*supra*, p. 144 n. 3). La rédaction des coutumes n'est essentiellement qu'une constatation ; les modifications qui peuvent y être apportées alors ne sont qu'accidentelles.

(3) Sur les États provinciaux, v. Esmein, *op. cit.*, p. 598 et s. ; Viollet, *op. cit.*, t. III, p. 236 et s.

ciales ont réellement existé. Les projets de Fénelon et surtout ceux de d'Argenson, s'ils avaient été réalisés, auraient été dans la vraie tradition de la monarchie : ils laissaient, ou plutôt rendaient aux provinces le plus d'autonomie possible en matière d'administration et de finances, tout en maintenant intacte l'*unité de pouvoir*.

L'autonomie des communautés d'habitants (1) eût à peu près la même fortune que les libertés provinciales : issue comme elles de la vie même de l'ancienne France, elle en resta un trait de *constitution* (2) jusqu'au XVIIe siècle. La centralisation outrée de la monarchie autocratique les ruina elles aussi ; les officiers royaux succédèrent aux administrations élues par les habitants.

On serait peut-être tenté de croire qu'en anéantissant autour d'elle toutes les franchises, toutes les indépendances, la monarchie obéissait à sa propre loi et à sa destinée, et, bien loin d'ériger en *loi fondamentale* l'existence de ces libertés, de penser qu'au contraire c'est en vertu d'une loi fondamentale de la monarchie qu'elles ont disparu. La tendance vers la centralisation, dira-t-on, est constante dès le XIe siècle ; c'est elle qui a reconstitué le pouvoir royal, la puissance publique ; elle s'est *développée* comme les autres lois fondamentales : qu'est-ce donc qui vous permet de prétendre qu'elle devait aller jusqu'à tel point, et pas au-delà ?

Il ne faut pas confondre la tendance vers un excès de centralisation, qui est la loi de toutes les sociétés politiques, ou plutôt qui en est une maladie, et une maladie de vieillesse, avec le développement harmonieux des lois fondamentales. La reconstitution de la souveraineté royale à l'encontre de la

(1) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 609 et s. — Viollet, *op. cit.*, t. III, p. 1 et s. — Par communautés d'habitants, il faut entendre non seulement les communes urbaines, mais les communautés rurales.

(2) Cf. les *Enseignements de saint Louis à son fils*, *supra*, p. 41, et Du Haillan, *supra*, p. 90.

féodalité, même le retranchement de ce qu'il pouvait y avoir d'excessif dans les franchises de certaines villes dépassant de beaucoup la simple autonomie administrative pour en faire de petits États dans l'État (1), voilà ce qui était dans l'esprit des principes fondamentaux de la monarchie. L'anéantissement de toute autonomie provinciale ou communale (qui ne fut d'ailleurs jamais entièrement consommé), leur était aussi contraire que la suppression du droit de remontrances du Parlement ou la désuétude voulue de toute assemblée d'États.

VI

La tradition et le droit divin considérés comme limitations du pouvoir ; leur valeur en droit constitutionnel. — Conclusion.

Cette esquisse très sommaire de la constitution de l'ancienne France n'en donnerait qu'une idée assez fausse si l'on n'ajoutait que les usages, les traditions dont elle était formée, étaient loin d'avoir la rigidité mécanique de nos lois modernes. On l'a déjà vu en ce qui concerne leur développement et leur transformation : ils se sont faits peu à peu, transformés par progrès insensibles, à la manière des êtres vivants ; ils n'ont pas été créés de toutes pièces, délibérés *a priori*. De même dans leur application, dans leur fonctionnement, certains d'entre eux au moins apparaissent doués d'une souplesse, d'une flexibilité, qui nous semble aujourd'hui de l'imprécision et du vague. Quelle était, par exemple, exactement la limite des droits politiques des États généraux ou du Parlement ? Nous avons formulé tout à l'heure les principes dominants : mais en fait les rapports de la royauté

(1) Esmein, *loc. cit.*, p. 609.

avec ces organes modérateurs ont été très variables. Tantôt ce sont les États ou les cours souveraines qui prétendent imposer leur volonté au prince, ou diriger les affaires de l'État ; tantôt c'est le roi qui agit en despote à leur égard. Peut-on estimer fondamentaux des usages qui semblent présenter aussi peu de fixité ? Quelle valeur peut-on reconnaître à la tradition considérée comme limitation du pouvoir du prince ?

Sur ce point comme sur la nature et l'origine des constitutions politiques, l'ancienne France avait des idées différentes de celles qu'on a aujourd'hui. On conçoit aujourd'hui les lois constitutionnelles comme un mécanisme absolument rigide, qui doit fonctionner automatiquement. Il n'en était pas de même alors. On les concevait plutôt comme un ressort qui est susceptible de plier parfois, pour se redresser ensuite. Claude de Seyssel, parlant des « bonnes loix, ordonnances, et coustumes » par lesquelles l'autorité royale est « réglée et réfrénée », dit qu'elles « sont establies de telle sorte qu'à peine se peuvent rompre et adnihiler, *jaçoit qu'en quelque temps et en quelque endroict, il y advienne quelque infraction et violence* (1) » : le fait ne lui semble pas anormal. Il admet qu'il y ait du jeu et de la souplesse dans les organes du corps politique ; ils pourront être parfois comprimés ou dilatés à l'excès, mais comme ceux d'un être vivant, ils reviendront toujours à leur état normal, tant que l'organisme sera sain et vigoureux. Bodin ne pense pas autrement : « Il faut, dit-il, pour éviter la fermeté immuable de la reigle de Policlète et la variété et incertitude de la reigle lesbienne, forger une troisième reigle qui ne soit si roide qu'elle ne puisse ployer doucement quand il en sera mestier, et se redresser aussi tost : c'est-à-dire qu'il faut suivre la justice harmonique au gouvernement de l'estat... Si le prince gou-

(1) Cf. *supra*, p. 72-73.

verne sans aucune loy, ce gouvernement ne peut estre durable ny asseuré; beaucoup moins y aura de seureté si tout se gouverne par égalité et loix immuables(1). » On voit quelles lois pourront et devront être absolument fixes, quelles autres pourront et devront être ployables : de la première catégorie sont les lois qui déterminent l'*état*, au sens que Bodin donne à ce mot (principe monarchique, loi de succession et ses corollaires) : il n'y a aucun inconvénient à ce qu'elles soient inflexibles, et il y en aurait au contraire à ce qu'elles ne le fussent pas. De la seconde catégorie sont les lois qui déterminent le *gouvernement* (toujours au sens de Bodin) : il serait mauvais qu'elles fussent trop rigides, parce que les rapports de souverain à sujets ne peuvent être tout mécaniques, étant quelque chose de personnel, de moral, d'essentiellement complexe : l'action d'une volonté sur d'autres volontés.

On connaît le mot fameux du cardinal de Retz, à propos des troubles de la Fronde et des questions que soulevèrent alors les lois fondamentales : « L'on chercha comme à tâtons les lois : l'on ne les trouva plus; l'on s'effara, l'on cria, l'on se les demanda; et dans cette agitation, les questions que leurs explications firent naître, d'obscures qu'elles étaient et vénérables par leur obscurité, devinrent problématiques; et dès là, à l'égard de la moitié du monde, odieuses. Le peuple entra dans le sanctuaire : il leva le voile qui doit toujours couvrir tout ce que l'on peut dire, tout ce que l'on peut croire du droit des peuples et de celui des rois, qui ne s'accordent jamais si bien que dans le silence(2). » L' « effarement » de cet intrigant que fut De Retz nous touche peu ; mais s'il a voulu aiguiser une épigramme, en disant que le droit des peuples et celui des rois « ne

(1) Cf. *supra*, p. 127.
(2) *Mémoires du cardinal de Retz*, éd. Feillet, t. I, p. 294.

s'accordent jamais si bien que dans le silence », il s'est singulièrement trompé. Un de ses contemporains, Pierre Picault, probablement protestant, en tous cas ennemi de l'absolutisme [1], explique très bien pourquoi l'ancienne France admettait une certaine indétermination de frontières entre les pouvoirs des organes modérateurs, en particulier du Parlement, et la puissance royale. « Il faut, dit-il, que le Parlement ait peu d'autorité certaine. Car si les parlementaires en avaient beaucoup, comme l'ignorance donne quantité de faces à chaque chose, et fait que presque tout le monde n'envisage un fait que par un égard, et que chacun songe à son intérêt particulier, s'ils venaient à mal interpréter les actions du roi, comme il arriverait infailliblement, ils le voudraient punir, et le roi tâcherait de se défendre, d'où naîtraient d'horribles guerres civiles... Mais afin de tenir le roi et ses favoris en haleine, il est bon qu'ils aient beaucoup de puissance indistincte... De là paraît la raison de ce que l'on s'étonne si souvent, que les Parlements ignorent quelle est l'étendue de leur autorité. Et certes ils ne la peuvent connaître suivant cette hypothèse : car s'ils la voulaient déterminer, ou ils la réduiraient à un point qu'ils ne serviraient de rien au peuple, et ne feraient point de peur au roi : ou ils l'étendraient jusques à punir le prince, ce qui ne peut et ne doit pas être suivant l'état présent des choses... La même raison démontre que la qualité de souverain n'est pas moins obscure en la personne d'un roi... Les rois ne doivent jamais remuer la question de l'étendue de la puissance du Parlement, et il serait bon qu'ils ne l'irritassent point [2]. »

(1) Pierre Picault, *Traitté des Parlemens ou Estats généraux*, Cologne, 1679, in-12 : v. p. 17-18 : « ... Il paraît de là que le Parlement n'a pas seulement le pouvoir d'examiner les abus du royaume, et de les représenter au roi afin qu'il en ordonne selon son bon plaisir ; mais il est encore une puissance opposée à celle du roi, qui suivant les occasions le peut forcer d'agir d'une telle manière. »

(2) *Op. cit.*, p. 35-37. — Cf. Bonald : « C'est, je crois, une grande erreur

Ce quelque chose d'indéterminé qui formait une sorte de tampon entre les rouages de l'ancienne monarchie devrait-il surprendre, quand on voit que même dans les états modernes les plus savamment « constitués », les lois politiques ne peuvent tout réglementer et que les usages viennent se juxtaposer aux textes (1) ? Quelle constitution tient tout entière dans une loi écrite? La vie qui anime les organismes politiques refuse de se prêter à l'étroitesse de nos formules abstraites. La part d'indéterminé était sans doute beaucoup plus grande dans l'ancienne monarchie. Une constitution *traditionnelle* ne pouvait, par sa nature même, avoir la raideur d'un texte législatif. L'ancienne France ne l'ignorait pas ; elle sut réclamer la rédaction des coutumes du droit privé ; jamais elle ne s'avisa de demander une constitution écrite ; ou plutôt elle n'en demanda une que lorsqu'elle n'eut plus de traditions, mais des systèmes *a priori*.

C'est qu'en effet une constitution coutumière comme celle de l'ancienne monarchie suppose dans le peuple le *sens* des traditions, l'esprit traditionaliste ; et parce que l'ancienne France les possédait au plus haut degré, elle a pu se passer de lois fondamentales écrites. Était-ce une infériorité, était-ce un avantage ? Cette constitution a duré plus de mille ans.

de vouloir tracer des lignes précises de démarcation entre le pouvoir et l'obéissance, et poser à l'avance dans la constitution des sociétés, des limites fixes au pouvoir du chef, à la coopération de ses agents, aux devoirs des sujets. Si les limites sont marquées, chacun en temps de guerre se porte à son extrême frontière, les partis sont en présence et le combat s'engage ; et au lieu de disputer pour déterminer les limites, chacun s'efforce de les reculer. S'il reste un nuage sur ces questions délicates, on passe à côté les uns des autres sans se rencontrer, on va quelquefois de part et d'autre un peu trop loin ; mais après quelques excursions, chacun rentre sur son terrain. C'est là l'histoire des démêlés de nos anciennes cours de magistrature avec l'autorité royale... » (*Pensées diverses*, à la suite de l'*Essai analytique*, Paris, 1847, in-8°, p. 304.)

(1) Cf. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, 1896, in-8°, p. 102-103, 142, etc.

Le sens des traditions n'implique pas la science de l'histoire ; celle-ci en est même à peu près le contraire. Les transformations que comporte le développement normal de la tradition, en politique, ne sont pas des transformations raisonnées, réfléchies. Le progrès, dans la tradition, consiste à faire du nouveau en croyant faire ce que les ancêtres ont fait : il s'ignore. Le tronc immuable pousse de lui-même ses rameaux et ses branches. Ce qui est vraiment fondamental et essentiel dans le passé, demeure ; les modifications accidentelles changent ; les principes fondamentaux subsistent, les usages politiques qui en sont l'expression adaptée au milieu contemporain se transforment d'eux-mêmes (1). C'est dans ces développements et ces transformations extérieures de principes fondamentaux toujours identiques, que se révèle l'esprit traditionaliste de l'ancienne France. Seul le sentiment collectif de la tradition, une sorte d'instinct non raisonné, mais unanime, peut suivre avec une pareille sûreté et une pareille rectitude l'impulsion initiale donnée par ces forces combinées au gré de la Providence que nous nommons ici *constitution naturelle*. Quand au contraire c'est la raison qui entreprend de faire le départ entre ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est substantiel et ce qui est accidentel, elle se trompe le plus souvent. La tradition raisonnée n'est plus qu'une opinion individuelle. Chacun comprend l'histoire à sa manière : c'est la tour de Babel ; on le vit bien au XVIe, et surtout au XVIIIe siècle.

« Il faut, dit-on, recourir aux lois fondamentales et primitives de l'État, qu'une coutume injuste a abolies. — *C'est*

(1) Toutes les lois fondamentales, du reste, ne présentent pas ce dédoublement du principe et de son application : il y en a pour lesquelles il ne se conçoit même point : par exemple, le principe monarchique. Mais il y en a d'autres, comme le principe du *très grand conseil*, dont la réalisation pratique devait forcément varier à travers les âges. D'autres enfin, comme la loi d'hérédité, étaient appelées à *pousser* des développements.

un jeu sûr pour tout perdre ; rien ne sera juste à cette balance », remarquait Pascal [1], au lendemain de la Fronde. Il allait trop loin, d'ailleurs, en estimant que la recherche de l'origine des lois fondamentales aboutit au bouleversement de l'État *parce qu*'elle fait découvrir « leur défaut d'autorité et de justice [2] » : en quoi il semble bien reprendre pour son compte l'opinion du sceptique Montaigne [3]. Cette recherche, bien conduite, révèlerait au contraire que ce n'est pas sans raisons profondes que la coutume s'est établie telle ou telle. Ce qui est faux, c'est de méconnaître le développement de la tradition et de rêver un impossible retour à l'état primitif. En ce sens, il est vrai que « tout branle avec le temps » et que

(1) *Pensées*, éd. Michaut, n° 193 ; éd. Brunschvicg, n° 294. Cette pensée a été souvent citée par les traditionalistes du XVIIIe siècle réfutant les faiseurs de systèmes de l'école historique : v. par exemple Gin, *Les vrais principes du gouvernement françois*, Introd., p. II ; Chaillon de Jonville, *Apologie de la constitution françoise*, t. I, Avant-propos, p. I ; p. 122 ; t. II, p. 81.

(2) « La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue... L'art de fronder, bouleverser les États, est d'ébranler les coutumes établies, en sondant jusque dans leur source, pour marquer leur défaut d'autorité et de justice. Il faut dit-on,... » etc.

(3) Montaigne, *Essais*, livre III, ch. 13 : « Or les loix se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont loix... » etc. — Cf. liv. III, ch. 9 : « La société des hommes se tient et se coud, à quelque prix que ce soit ; en quelque assiette qu'on les couche, ils s'appilent et se rengent en se remuant et s'entassant : comme des corps mal unis, qu'on empoche sans ordre, treuvent d'eulx mesmes la façon de se joindre et s'emplacer les uns parmy les autres, souvent mieulx que l'art ne les eust sceu disposer... La nécessité compose les hommes et les assemble : cette cousture fortuite se forme aprez en loix... Nous prenons un monde desja faict et formé à certaines coustumes ; nous ne l'engendrons pas... Par quelque moyen que nous ayons loy de le redresser et renger de nouveau, nous ne pouvons guères le tordre de son accoustumé ply, que nous ne rompions tout... Non par opinion, mais en vérité, l'excellente et meilleure police est, à chascune nation, celle soubs laquelle elle s'est maintenue : sa forme et commodité essentielle dépend de l'usage. » On peut souscrire sans réserves à ces dernières réflexions.

« qui ramène la coutume à son principe l'anéantit [1] ». « Une erreur très funeste, dit Joseph de Maistre avec beaucoup de raison, est de s'attacher trop rigidement aux monuments anciens. Il faut sans doute les respecter ; mais il faut surtout considérer ce que les jurisconsultes appellent le dernier état [2]. » Avec l'argument des *lois primitives*, on peut justifier toute révolution. Hotman les invoqua pour attester la souveraineté populaire, Richelieu pour légitimer le despotisme : lui aussi prétendait « retourner aux lois premières de l'État [3] ». Le plus dangereux est qu'il y aura toujours une part de vrai dans cet argument : l'un prend les « loix primitives » par un certain côté, l'autre par un certain autre côté [4].

Ainsi apparaissent les avantages et les inconvénients d'une constitution purement traditionnelle. Tant que les hommes, souverain et peuple, qui la *vivent*, en comprennent ou plutôt en sentent naturellement l'esprit, elle est l'expression même du génie de ce peuple, elle est donc la meilleure pour lui, et elle possède une stabilité que n'aura jamais une constitution *artificielle*. Les progrès, les transformations nécessaires, s'accomplissent d'eux-mêmes selon ses principes fondamentaux, sans révolutions violentes : leur développement n'est pas entravé par de rigides formules écrites qu'ils aient à briser. Reprochera-t-on au respect de la tradition et du passé, que suppose un tel régime, d'engendrer la routine ? D'abord, il y a une bonne et une mauvaise routine. Et ensuite l'esprit de tradition n'a pas pour effet obligé d'ané-

(1) Pascal, *loc. cit.*

(2) J. de Maistre, *Considérations sur la France*, ch. VIII.

(3) Vte G. d'Avenel, *Richelieu et la monarchie absolue*, 2e éd., t. I, p. 171.

(4) On remarquera que ce sont les mêmes hommes, le même esprit, qui ont imaginé le retour aux lois primitives de l'État, et le retour aux usages de la primitive Église : les deux idées sont sœurs. Nous n'entendons nullement par là, du reste, assimiler le traditionalisme politique et le développement de la tradition dans l'Église.

mier les caractères et de tuer les initiatives : le moyen âge, qui fut assez entreprenant, en est un bon exemple.

Il n'en est plus de même quand, les mœurs ayant perdu leur simplicité, le traditionalisme devient un système fondé sur des thèses historiques. Il est bien rare, et peut-être impossible, qu'un peuple arrivé à un certain degré de maturité ait la sagesse de suivre sa tradition politique en la laissant enveloppée d'un certain nuage de mystère. Il est bon alors, quand on commence à la discuter, à la critiquer, que les points principaux en soient fixés dans une formule écrite. C'est l'âge des consolidations. Même alors les lois fondamentales écrites ne sont ou ne doivent être « que des titres déclaratoires » de la constitution traditionnelle [1].

On voit par là quelle valeur il faut, à notre avis, reconnaître à la tradition en droit constitutionnel. C'est elle qui, avec la loi de justice, donne à un régime sa stabilité, et aux limitations du pouvoir leur garantie, — dans la mesure, du moins, où les constitutions peuvent échapper à la loi de la décadence. La tradition est une force par elle-même, qui s'impose également au souverain et à la nation. Leur accord, à cet égard, n'est pas un pacte, mais plutôt une communauté d'obligation. Dans un pacte, — *facio ut facias*, — l'obligation d'une des parties est la cause de celle de l'autre. Ici rien de semblable : si l'une des deux vient à manquer à son obligation, l'autre n'est pas déliée pour cela. Il faut que toutes deux se soumettent à la loi commune : l'ordre et le développement normal de l'organisme politique en dépendent. Ainsi les constitutions traditionnelles méritent seules le nom de *lois fondamentales*, car d'elles seules il est vrai de dire que ni le

(1) Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, ch. VI ; cf. son *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, §§ I à XIV, etc. — On n'aura pas été sans remarquer, au cours de cette étude, combien les idées de Joseph de Maistre ressemblent à celles des meilleurs esprits de l'ancienne France.

prince ni le peuple ne peuvent les changer ; ils ne peuvent que les détruire.

On pensera peut-être que la force de la tradition est insuffisante pour contenir ou réprimer l'abus que le prince peut faire de son pouvoir, et que les *lois fondamentales* manquaient de sanction efficace : en cela, dit-on, consiste le vice radical de l'ancien régime. Mais est-il bien sûr que les abus de pouvoir commis par le *souverain*, — quel qu'il soit, — puissent recevoir directement une sanction légale ? Dans une démocratie, où le souverain n'est autre que la nation, ou plutôt la majorité de la nation, quelle barrière peut-on opposer aux abus de pouvoir, aux actes oppressifs de cette majorité ou de ses représentants à l'égard de la minorité (1) ? Qu'on le veuille ou non, il y a nécessairement, dans tout organisme politique, un dernier degré de pouvoir au-delà duquel on ne peut remonter, et c'est cette autorité suprême qui est le vrai souverain, dont les actes ne peuvent recevoir de sanction légale. La seule garantie de l'ordre et de la paix

(1) Quelle que soit la perfection des rouages et l'exactitude de la représentation, il y aura toujours une majorité qui disposera du pouvoir, et une ou plusieurs minorités. La majorité souveraine pourra devenir tyrannique. Existât-il une cour suprême, que la nation ait constituée gardienne et conservatrice des lois et de la constitution, le problème est simplement reculé, mais non résolu. En effet, ou bien cette cour peut rendre des décisions qui échappent à toute sanction, elle est investie d'un droit de *libre vérification*, armée d'un *véto* irréductible, et alors c'est elle qui est la vraie souveraine : si, inspirée de théories préconçues ou dominée par l'esprit de parti, elle abuse de son pouvoir, la représentation nationale elle-même n'a plus que le choix entre la soumission et le coup d'état. — Ou bien cette cour n'est qu'un organe subordonné, son pouvoir de contrôle ne s'étend pas jusqu'à avoir le dernier mot à l'égard de la majorité nationale, et alors celle-ci, demeurée seule souveraine, pourra toujours lui imposer sa volonté, comme faisait le roi de France par le moyen des lettres de jussion ou du lit de justice : cette volonté souveraine, même tyrannique, échappera à toute sanction. Quel que soit enfin l'*équilibre* des pouvoirs, il y aura toujours, nécessairement, un pouvoir *prépondérant*, et celui-ci sera le *souverain*.

ne se peut trouver que dans l'esprit de tradition et de justice qui doit l'animer. En dernière analyse, toute garantie constitutionnelle se ramène à une tradition et à une garantie morale.

Dans l'ancienne France, cette garantie morale avait un caractère religieux, et ce caractère religieux lui donnait toute sa force. La royauté était non seulement une fonction traditionnelle, mais un ministère sacré. Et comme la tradition, le *droit divin* n'avait pas seulement pour effet d'assurer la stabilité du pouvoir, par le devoir d'obéissance qu'il impose, il était aussi une garantie des droits des sujets. On a vu quelle place importante le « frein » religieux tient, au moyen âge, dans les conceptions politiques des théoriciens et dans la réalité. Au XVIe, puis aux derniers siècles de la monarchie, Claude de Seyssel, L'Hospital, Grégoire, Coquille, Loyseau, Domat, Bossuet, Fénelon, bien d'autres encore, professent la même théorie. Il n'est donc pas douteux qu'au regard de l'ancienne France, le *droit divin*, — et l'on sait ce que nous entendons par là, — était un élément constitutionnel considérable, ou plutôt qu'il formait avec la tradition l'essence de la monarchie et même de toute constitution. Un critique moderne écrit ironiquement, à propos du XVIe siècle : « la royauté des Valois est une monarchie absolue tempérée par des sermons (1) ». On peut généraliser, et laisser de côté l'ironie : la monarchie française, dans toute sa durée, et parce que telle était son essence, fut une monarchie absolue tempérée par la tradition et par la religion. Dira-t-on qu'une telle constitution exige que le prince ait la foi religieuse ? Sans doute, et c'est bien pour cela qu'Henri IV dut se faire catholique. — Que la foi ne se décrète pas ? Pas plus que la tradition : la constitution de l'ancienne France était une vie,

(1) G. Weill, *Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion*, Paris, 1891, in-8°, p. 14.

et non un texte de loi. — Que le droit public doit être indépendant de la religion ? C'est ce qu'il faudrait prouver. Chez tous les peuples, la religion est un des facteurs qui influent le plus sur la constitution et sur les lois. Par ailleurs, on ne peut nier que l'autorité, en quelques mains qu'elle soit, quelle que soit sa forme, est essentiellement morale. Il n'y a pas de machine à gouverner ; il n'y a que des hommes qui gouvernent (1). Le gouvernement fût-il démocratique, le peuple, ou plutôt la majorité du peuple, qui l'exerce, *n'a pas le droit* de faire tout ce qui lui plaît : ou bien il ne reste que le droit du plus fort, et l'on retombe dans l'état de barbarie. L'ancienne France ne reconnaissait pas d'obligation morale sans base et sans sanction religieuse. Croit-on que le sentiment des responsabilités qui pesaient sur lui à l'égard de la justice divine n'ait pas été une sérieuse garantie de la *justice* du prince, de cette justice très largement conçue qui comprenait non seulement les devoirs essentiels de la morale, mais encore toutes les obligations positives de la royauté déterminées par la tradition, par « la propre nature (2) » de la monarchie française, par les lois fondamentales ? S'il n'en avait pas été ainsi, les théoriciens du droit public auraient-ils donné au « frein » religieux une telle importance ? se seraient-ils à ce point trompés ? L'histoire au contraire atteste l'importance de la religion dans le droit public de l'ancienne France : il faut le voir tel qu'il fut. C'est la religion qui aux premiers siècles a dompté la royauté barbare ; c'est elle qui, à chaque avènement, imprimait un caractère sacré à la dette de justice que contractait le roi en recevant la couronne, et ce « serment du royaume » était « le saint

(1) « On a beau faire, il faut, dans un État comme dans une famille, un pouvoir *discrétionnaire*, ou bientôt la société tout entière, chefs et subalternes, ne sera qu'un troupeau d'automates. » (Bonald, *Pensées diverses*, p. 304.)

(2) C'est l'expression de Loyseau.

et sacré lien des lois fondamentales de l'État [1] ». On ne peut donc nier la valeur des sanctions religieuses dans l'ancienne constitution. Sans doute elles n'ont pas toujours empêché la royauté de commettre des fautes et parfois des crimes, parce qu'elles ne peuvent entièrement empêcher l'homme d'être homme : du moins elles l'ont faite meilleure.

Le *droit divin* ne détermine pas, par lui-même, les lois fondamentales positives, il n'est qu'une garantie générale. La tradition étant faussée, il est impuissant à la redresser. La monarchie des deux derniers siècles, celle qu'on a appelée absolue et que nous nommons plutôt ici *autocratique*, abandonna les antiques traditions des âges précédents. Quand donc nous avons parlé de la constitution de l'ancienne France, de ses lois fondamentales, ce n'est point de la monarchie de Louis XIV ou de Louis XV qu'il était question, mais de ce régime où « le droit du clergé, le droit des nobles, celui des corps judiciaires, des universités, des bourgeois, des marchands, celui des états provinciaux, des assemblées des villes, des communautés rurales, enfin les droits généraux appartenant à la nation, sans distinction de castes ni de provinces, se dressaient en face du pouvoir royal ; où ces divers droits formaient une constitution politique fort bizarre peut-être, mais non illogique, et à coup sûr assez libérale [2] ». L'auteur à qui nous empruntons ce résumé ajoute : « Le temps l'avait ainsi construite ; le temps, le progrès naturel, secondé par quelques hommes supérieurs, se serait chargé de l'améliorer. Ce qui est certain, c'est qu'à l'avènement de Richelieu, la France n'était point en esclavage, et que les Français étaient très ennemis de la servitude [3] .»

(1) Godefroy, *Cérémonial françois*, t. I, p. 361 et 410 (sacres de Henri IV et de Louis XIII).

(2) D'Avenel, *Richelieu et la monarchie absolue*, 2e éd., t. I, p. 168-169. — M. d'Avenel reconnaît au Parlement le droit *absolu* de *libre* vérification, et aux États le droit *absolu* de *libre* octroi de l'impôt.

(3) *Ibidem*. - Faut-il dire avec M. d'Avenel que, « si la monarchie tra-

L'autocratie fut donc une déviation, une corruption de la monarchie traditionnelle. A la mort de Louis XIV, peut-être eût-il été encore temps de la remettre dans sa voie. Malheureusement l'*esprit classique*, qui ne comprit rien aux édifices de pierre de l'ancienne France, ne comprenait rien non plus à son édifice politique. Son goût pour la symétrie, pour les conceptions claires et simples, ne voyait que barbarie et incohérence dans cette constitution irrégulière et compliquée « où rien n'était de main d'homme[1] ». Pour le XVIII[e] siècle surtout, qui ne fut « ni chrétien, ni français[2] », qui « manquait de tradition, et n'en voulait point[3] », cette constitution qui reposait tout entière sur la tradition et sur le droit divin ne pouvait être qu'une obscure énigme. Il ignorait trop qu'en politique les conceptions les plus rationnelles, les raisonnements les mieux fondés, sont le plus souvent *réfutés* par l'expérience, et que le cœur des organismes politiques, lui

ditionnelle eut une constitution, la monarchie absolue n'en eut pas? » (*op. cit.*, t. I, p. 2). Sans doute, « la première avait respecté ces usages qui formaient sa constitution, tandis que la seconde les a foulés aux pieds », du moins pour une trop grande part (*ibid.*). Il nous paraît plutôt que sous la monarchie autocratique l'ancienne constitution subsistait encore, mais méconnue et faussée. La manière de voir de M. d'Avenel tient à sa conception des *lois fondamentales* : « les traditions, dit-il, deviennent des lois *par le consentement mutuel* des gouvernants et des gouvernés » ; d'où il conclut : « ce qui subsistait *par consentement mutuel* a été détruit par la volonté d'une seule des parties, en attendant que l'autre détruise à son tour ce que l'on a fait sans elle. » (*Loc. cit.*, p. 1-2). M. d'Avenel exagère du reste l'antithèse entre la monarchie traditionnelle et la monarchie absolue.

(1) Bonald, *Pensées*, p. 308.

(2) La remarque est de M. Faguet, *Dix-huitième siècle*, Paris, 1890, in-12 (6e éd.), *Avant-propos*, p. XI-XII.

(3) *Ibidem*. — Cf. du même auteur : « Il y a en France comme un préjugé contre le complexe, aussi bien en philosophie qu'en politique... Au fond, il y a en cela une énorme paresse d'esprit... La clarté française a du bon. Elle a aussi de très grands dangers... Le trop grand goût de la clarté, c'est ce qu'on appelle le simplisme. Le simplisme est le défaut des Français en politique. » (*L'anticléricalisme*, Paris, 1906, in-16, p. 12, 13, 16, 17.)

aussi, « a ses raisons que la raison ne connaît pas ». Il eut, des lois fondamentales, une conception toute contraire à celle de l'ancienne France, et qui est restée celle de beaucoup de modernes; il les conçut comme un mécanisme rigide, aux mouvements précis, qu'il appartient à la science humaine de construire et de perfectionner ; l'ancienne France, comme quelque chose de vivant, d'infiniment complexe, dont l'homme ne peut même saisir tous les rouages, et qu'il doit seulement se contenter d'entretenir et de développer. La première appartient à l'*esprit géométrique*, la seconde à l'*esprit de finesse* (1).

Le secret de l'ancienne constitution échappait à l'esprit classique. On peut dire qu'au xviiie siècle et dès avant la révolution, la tradition est perdue. D'ailleurs, la royauté devenue despotique, l'absolutisme païen des Césars de Versailles, la ruine de toutes les indépendances et de toutes les franchises n'en laissant derrière elle que les abus, le Parlement devenu une sorte de féodalité pointilleuse, tracassière et sectaire, cette monarchie de la décadence, sous des dehors brillants, ne présentait qu'une image bien déformée de ce qu'avait été la constitution de l'ancienne France. Tout l'organisme était vicié, parce que les hommes et surtout les idées l'étaient. Au fond, l'ancien régime portait depuis longtemps en lui le double germe de mort qui devait causer sa ruine; et s'il est vrai que tout organisme vivant recèle déjà, même dans la vigueur de sa maturité, le principe du mal dont il doit mourir, cette loi se vérifie exactement pour lui. Deux idées, deux principes faux se font jour dès le moyen âge, tous deux renés des cendres de l'antiquité païenne : d'une part, l'idée scolastique qui fait sortir du peuple la souveraineté, et dépendre la constitution de sa volonté libre; d'autre part, l'absolutisme autocratique. Ces deux ten-

(1) Cf. encore Pascal, *Pensées*, éd. Michaut, no 639 ; éd. Brunschvicg, no 1.

dances, exactement opposées l'une par rapport à l'autre, et toutes deux également étrangères au véritable esprit de l'ancienne monarchie, se développent d'abord peu à peu, puis brusquement, à la faveur de la *renaissance* du XVIe siècle, l'emportant l'une sur l'autre tour à tour, altérant chacune de son côté la vraie tradition française. A la fin, elles l'ont complètement étouffée, et la dernière réaction, — réaction violente, — de l'une sur l'autre, consomme la ruine de l'un des organismes politiques les plus vigoureux que le monde ait jamais vus.

TABLE

CHAPITRE PREMIER

Les premiers théoriciens, du IX[e] au XVI[e] siècle.

CHAPITRE DEUXIÈME

Les lois fondamentales d'après les théoriciens du XVI[e] siècle.

CHAPITRE TROISIÈME

Les lois fondamentales au XVII[e] siècle.

CHAPITRE QUATRIÈME

Les lois fondamentales au XVIIIe siècle.

CHAPITRE CINQUIÈME

Les traits principaux de l'ancienne constitution française.

ERRATUM

Page 34, note 1, ligne 11, au lieu de : *legislationem*, lire : *legislatorem* ; — ligne 13, au lieu de : *correptionem*, lire : *correctionem* (Goldast, par erreur, donne : *correptionem*) ; — et rétablir le texte ainsi qu'il suit :

« Dicamus secundum veritatem et sententiam Aristotelis, tertio Politicæ cap. 6, potestatem factivam institutionis principatus seu electionis ipsius ad legislatorem seu civium universitatem, quemadmodum ad eandem legislationem diximus pertinere, principatus quoque correctionem quamlibet, ... » etc.

Imp. Henri Villers, 1, avenue Paul-Chandon, Epernay.





